DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

REGISTRO DE LA PROPIEDAD Y SEGURIDAD JURÍDICA

Segunda edición

EDUARDO CAICEDO ESCOBAR

EDITORIAL
TEMIS
OBRAS JURÍDICAS

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

EDUARDO CAICEDO ESCOBAR

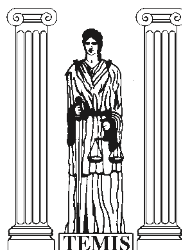
Profesor de posgrado de la Universidad Externado de Colombia, Pontificia Bolivariana, de Medellín, del Rosario y Autónoma de Bucaramanga. Miembro titular del Centro Internacional de Derecho Registral, CINDER, con sede en Madrid (España), y del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, con sede en Buenos Aires (Argentina). Ex registrador principal de instrumentos públicos de Bogotá y Medellín. Ex presidente del Colegio de Registradores de Colombia. Ex miembro del Consejo Directivo de la Superintendencia de Notariado y Registro. Notario.

DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

REGISTRO DE LA PROPIEDAD
Y
SEGURIDAD JURÍDICA

Segunda edición

Teoría general - Derecho comparado - Derecho colombiano



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2022



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

Calle 17, núm. 68D-46, Bogotá.
e-mail: gerencia@editorialtemis.com

ISBN 958-35-0343-0
1977 20010033700

ISBN e-book 978-958-35-1904-8

Hecho el depósito que exige la ley.

A mi esposa Amparo Fonseca Mejía
Y a nuestros hijos Carlos Eduardo y Andrés Alejandro

Bienaventurados los que padecen
persecución por la justicia,
porque de ellos es el reino de los cielos.

Mateo, 5, 3-11.

PRÓLOGO

Curiosa paradoja la que resulta de la generosidad de un maestro con su discípulo, a quien le brinda el inmerecido honor de esbozar algunas notas críticas a una de sus obras, como prólogo a su segunda edición. EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, ayer registrador y hoy notario, es tal vez el más acreditado tratadista de una de las nuevas especialidades del derecho, el *inmobiliario registral*, con el cual ha bautizado el más completo y único ensayo sobre la materia.

Con el mismo entusiasmo académico con que a sus alumnos nos enseñaba la legislación urbana y el régimen territorial en la Maestría de Derecho Público del Externado de Colombia y las universidades de Bolonia, Salamanca y Carlos III de Madrid, CAICEDO ESCOBAR logra con valioso esfuerzo pedagógico desentrañar la quinta esencia de una rama jurídica que recoge, en armoniosa coexistencia, preceptivas tanto del derecho privado como del público, evidenciando que los linderos entre tales esferas pierden cada día más sus contornos, conformándose un umbral penumbroso donde lo uno no se logra diferenciar de lo otro.

El libro llena un vacío en la literatura jurídica nacional y se convierte en herramienta de consulta obligada no solo para los estudiantes, como fue su inicial propósito, sino para los litigantes, jueces y servidores públicos. Constituye, pues, un grandioso aporte a la doctrina local y al derecho comparado, en la medida que el tratamiento de la legislación *registral* inmobiliaria de Colombia es sumamente completo, con lo cual permite a los estudiosos del tema en otros lares, apreciar la importancia del sistema implementado en nuestro país, de características muy particulares, en cuanto se ubica en un lugar intermedio entre los dos grandes regímenes conocidos en el mundo: el germánico-suizo, técnico, real y constitutivo de derechos, por un lado, y el francés, rudimentario, personal y meramente formal, por el otro.

La obra que se actualiza y amplía en esta oportunidad con una reseña jurisprudencial de enorme valor agregado, contiene interesantes críticas a los sistemas *registrales*, al igual que formula importantes recomendaciones para el perfeccionamiento del régimen legal colombiano. Atisba al respecto, la necesidad de una reforma a las instituciones nacionales, en particular a la Superintendencia de Notariado y Registro, con la clara finalidad de eliminar el hibridismo que la torna ineficaz en el área del registro de instrumentos públicos, en tanto dirige y administra este servicio al tiempo que ejerce su vigilancia y control. Semejante confusión contribuye a que la Superintendencia no pueda implementar acciones eficaces para mejorar el sistema, que pasa hoy por una fase crítica, como quiera que de las 191 oficinas encargadas de esta función, 104 generan cuantiosas pérdidas operativas, razón de ser del Plan Estratégico diseñado para el período 2001-2003, cuyo objetivo de largo plazo es acabar con la naturaleza *sui generis* anotada.

Cabe destacatar la contundente oposición del autor frente a los intentos privatizadores del servicio *registral*. Quienes lo pretendieron en Colombia hace apenas un par de años y persisten en la idea, ignoran la tendencia ecuménica de fortalecer su prestación por parte del Estado, dado el fracaso de los sistemas de archivos documentales (*recording*) y seguros (*title insurance*), que encarecen enormemente el tráfico inmobiliario y fomentan la inseguridad jurídica en las transacciones, sin parar mientes en que ninguna póliza garantiza al adquirente de un inmueble la conservación de su propiedad, de suerte que lo más seguro es un juicio de evicción, a todas luces engorroso, caro y humillante. Más aún, es desconocer las recomendaciones del Banco Mundial que con la finalidad de privilegiar con créditos a los países en desarrollo, exigen un régimen de registro inmobiliario jurídico, técnico, con eficacia sustantiva que ofrezca seguridad jurídica a los inversionistas extranjeros.

Enhorabuena, profesor. Su contribución a la ciencia jurídica nacional es indiscutible.

EUGENIO GIL GIL
Superintendente de Notariado y Registro
Bogotá, 9 de junio de 2001

PREFACIO A LA SEGUNDA EDICIÓN

Cuatro años después de haber sido publicada esta obra, se presenta a consideración de los estudiosos del derecho inmobiliario la segunda edición. El texto inicialmente publicado relativo al derecho colombiano, fue objeto de revisión, actualización y ampliación con base en las novedades legislativas y jurisprudenciales que inciden en los temas inherentes a la disciplina que nos ocupa.

En el campo normativo se han dictado disposiciones que atañen a la organización del registro, o relacionadas con la función registral. Entre las primeras se encuentra el decreto-ley 1669 de 1997, que introdujo algunas modificaciones a la Superintendencia de Notariado y Registro; a manera de ejemplo, suprimió la dirección administrativa y asignó sus funciones a la Secretaría General, que además de las atribuciones consagradas en el decreto-ley 2158 de 1992, hoy tiene a su cargo la dirección, coordinación y control de las actividades administrativas de las oficinas de registro.

Entre las leyes que afectan o limitan los derechos reales inmobiliarios y que por tal razón están en la órbita de la actividad del registrador, se encuentran las de desarrollo territorial (leyes 388 de 1997, 507 de 1999 y 614 de 2000), la que actualizó el valor de los inmuebles sobre los cuales se puede constituir el patrimonio de familia voluntario (ley 495 de 1999), y la Ley Marco de Vivienda (ley 546 de 1999). Además, estamos *ad portas* de la aprobación de un nuevo estatuto de propiedad horizontal que es objeto de comentarios en la presente obra.

El devenir de la institución registral no ha sido pacífico en los últimos años. Dos hechos de particular importancia estremecieron su estructura: el intento fallido de privatización consagrado en el decreto-ley 1122 de 1999, y el cambio de jurisprudencia del Consejo de Estado que fijó los límites a la aplicación de la revocatoria directa por los registradores de instrumentos públicos.

La segunda edición de *Derecho inmobiliario registral* consta de tres secciones y un suplemento. Presenta sin modificación alguna la primera parte, dedicada a la teoría general y al derecho comparado; actualiza y amplía la segunda sección, que se ocupa del régimen jurídico del registro en el derecho colombiano, e incluye dos capítulos nuevos dedicados al registro de embargos y a la falsa tradición. Incorpora una tercera parte con los extractos de jurisprudencia atinentes a la institución de los fallos emitidos por las altas cortes. Por último, adiciona un suplemento con la descripción del folio de matrícula inmobiliaria documental y magnético y la relación de la codificación de las operaciones que son objeto de inscripción.

Una vez más, el crédito por la materialización de las ideas en esta sencilla obra corresponde a la magnificencia de la Divina Providencia.

ÍNDICE GENERAL

PÁG.

Prólogo XI
Prefacio a la segunda edición XIII
Introducción 1

Parte primera

TEORÍA GENERAL
DERECHO COMPARADO

Capítulo I

PUBLICIDAD INMOBILIARIA. DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

1. Noción 7
2. Importancia de la publicidad inmobiliaria 7
3. Origen 9
4. Etapas del desarrollo 10
   A) Publicidad de tipo publicitario o notificario 10
   B) Publicidad protectora de terceros adquirentes 10
   C) Publicidad de valor constitutivo 10
5. Campo de acción 10
6. Derecho inmobiliario y derecho registral 11
7. Concepto del derecho inmobiliario registral 13
8. Terminología 15
   A) Derecho hipotecario 15
   B) Derecho inmobiliario 15
   C) Derecho del registro de la propiedad 16
   D) Derecho registral 16
   E) Derecho inmobiliario registral 16
9. Contenido 17
10. Caracteres del derecho inmobiliario 17
   A) Es un derecho regulador de la publicidad inmobiliaria integrado por normas de naturaleza formal y material 18
   B) Es un derecho legitimador de situaciones jurídicas (titularidades reales) 18

PÁG.

C) Es un derecho protector del tráfico jurídico inmobiliario 18
D) Se refiere fundamentalmente a fincas que constituyen la unidad básica del derecho inmobiliario registral 19
E) Carece de sustantividad propia 19

Capítulo II

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

11. Instrumento de la publicidad inmueble 21
12. Concepto 22
A) Como institución jurídica 22
B) Como oficina 22
C) Como conjunto de libros 23
D) Como servicio público 23
13. Fines 23
A) La publicidad de los derechos reales sobre inmuebles 24
B) La seguridad del tráfico inmobiliario 24
C) Fomento de crédito territorial 25
D) La movilización de la propiedad inmobiliaria 25
E) Fines secundarios 26
14. Clasificación de los registros 26
A) Según la materia registrable 27
a) Registros de hechos 27
b) Registros de derechos 27
c) Registros de títulos 27
d) Registro de contratos 27
B) Según su organización o procedimiento 27
a) Registros reservados 27
b) Registros publicitarios 27
c) Registros legitimadores 28
d) Registro personal 28
e) Registro real 28
f) Registro de transcripción 28
g) Registro de incorporación 28
h) Registro de inscripción 28
C) Según el papel que corresponde a la inscripción 28
a) Registros constitutivos 28
b) Registros declarativos 29
c) Registros no convalidantes 29
d) Registros convalidantes 30
D) Otras clasificaciones 30
15. Tipología de los sistemas inmobiliarios 30
16. Características del sistema inmobiliario registral moderno 31

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS INMOBILIARIOS REGISTRALES

PÁG.

17. Noción 34
18. Enumeración y clasificación 34
19. Principio de inscripción 36
    A) Valor jurídico de la inscripción 37
    B) Inscripción constitutiva 37
    C) Inscripción declarativa 38
20. Principio del consentimiento 38
    A) El negocio obligacional 39
    B) El negocio dispositivo 39
    C) El acto causal 39
    D) Acuerdo de transferencia e inscripción 40
21. Principio de prioridad o rango 40
    A) Prioridad sustancial o material 42
    B) Prioridad formal 43
22. Principio de rogación 43
23. Principio de tracto sucesivo 45
24. Principio de especialidad o determinación 47
25. Principio de legalidad 49
26. Sistemas de calificación 53
    A) Sistemas de calificación mínima 53
    B) Sistemas con función calificadora 53

CAPÍTULO IV

LEGITIMACIÓN Y FE PÚBLICA REGISTRAL

27. Importancia 55
28. Incongruencia entre el registro y la realidad 56
29. Principio de legitimación 58
30. Alcances y efectos 58
31. Consecuencias sustantivas y procesales 59
32. Principio de fe pública registral 60
33. Justificación de la protección registral 62
34. Características de la fe pública registral 63
35. Ámbito de excepciones 63
36. Doble venta y fe pública registral 65
37. Requisitos de la fe pública registral 67
    A) Concepto de tercero 67
    B) Validez y legitimación 68

PÁG.

C) La buena fe ... 68
D) Adquisición a título oneroso ... 69
E) La inscripción del título del tercero ... 70
38. El tercero registral y la usucapión ... 70

Capítulo V

SISTEMA REGISTRAL FRANCÉS

39. Sistemas inmobiliarios registrales ... 72
40. Adquisición de los derechos reales ... 72
A) Código Civil de 1804 ... 72
B) Ley de 1855 ... 73
C) Leyes de 1924 y 1935 ... 74
D) Decreto de 1955 ... 74
41. Principios aplicables ... 75
42. Procedimiento registral ... 76
43. Facultades del registrador ... 77
44. De la forma como se llevan los registros y ficheros ... 77
45. Efectos de la publicidad inmobiliaria ... 78
46. Terceros ... 79
47. Organización del registro hipotecario ... 80
48. Evaluación del sistema francés ... 81

Capítulo VI

SISTEMA REGISTRAL ALEMÁN

49. Adquisición de los derechos reales inmobiliarios ... 83
50. Derechos inscribibles y enumeración de principios ... 84
51. Principio de instancia o rogación ... 85
52. Principios de consentimiento y de inscripción ... 86
53. Principio de especialidad o de determinación ... 87
54. Principio de rango o prioridad ... 87
A) Modificación del rango ... 88
B) La reserva del rango ... 88
55. Principio de tracto continuo ... 89
56. Principio de legalidad ... 89
57. Principio de legitimación ... 90
58. Principio de la fe pública ... 90
59. La finca y el folio real ... 91
60. Cómo se hace la inscripción ... 92

PÁG.

61. Asientos que se practican 93
62. Asiento de contradicción y anotación preventiva 94
63. Inscripciones viciosas e inscripciones sin objeto 95
64. La prescripción y el registro 96
65. Organización del registro inmobiliario 97
66. Evaluación del sistema 98

CAPÍTULO VII

SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

67. Normas aplicables 99
68. Adquisición de los derechos reales inmobiliarios 99
69. Principios registrales 100
A) Principios de rogación 101
B) Principio de especialidad 101
C) Principio de legalidad 102
D) Principio de tracto sucesivo 103
E) Principio de prioridad 104
F) Principio de legitimación 105
G) Principio de fe pública 106
70. La finca y el folio real 107
A) Inmatriculación e inscripción 108
B) Finca normal y fincas especiales 109
C) Alteración de fincas 110
71. Actos y derechos inscribibles 110
72. Procedimiento registral 111
73. Asientos que se practican 112
74. Inexactitud y corrección de las inscripciones 114
75. Aspecto formal del registro 114
76. Evaluación del sistema 116

CAPÍTULO VIII

OTROS SISTEMAS REGISTRALES:
AUSTRALIA, SUIZA, ITALIA, ARGENTINA

Sección I. *Australia o sistema Torrens*

77. Origen y características del sistema 117
78. Descripción del sistema 118
A) El título de dominio 119
B) Transmisión de los derechos reales 120

PÁG.

C) Efectos de la inscripción ... 121
D) Organización del registro ... 121
79. Evaluación del sistema ... 122

Sección II. *Sistema suizo*

80. Generalidades ... 123
81. Adquisición y pérdida de los derechos reales ... 124
82. Principios registrales ... 125
83. Organización del registro ... 126
84. Evaluación del sistema ... 127

Sección III. *Sistema italiano*

85. Adquisición de derechos e inexistencia de principios ... 128
86. Organización y publicidad formal ... 129

Sección IV. *Sistema argentino*

87. Normativa vigente y adquisición de la propiedad inmueble ... 129
88. Particularidades de los principios aplicables ... 130
A) Rogación ... 130
B) Prioridad ... 131
C) Tracto continuo ... 133
D) Especialidad o determinación ... 133
E) Legalidad ... 133
F) Legitimación ... 134
G) Fe pública registral ... 135

PARTE SEGUNDA

DERECHO COLOMBIANO

CAPÍTULO IX

RELACIONES JURÍDICO-REALES
INMOBILIARIAS

89. Derecho civil y derecho inmobiliario registral ... 139
90. Clasificación de las cosas corporales. Su importancia ... 140

PÁG.

91. Los bienes inmuebles 142
A) Inmuebles por naturaleza 142
B) Inmuebles por adhesión permanente 143
C) Inmuebles por radicación 144
D) Inmuebles por destinación 144
E) Inmuebles por razón de la cosa a que se refiere el derecho 144
92. Derechos reales y personales 145
93. Diferencias entre derechos personales y derechos reales 146
A) Por razón de su origen 146
B) Por razón de sus elementos constitutivos 147
C) Por razón del objeto 147
D) Por razón del carácter relativo y absoluto de los derechos 147
E) Por razón de las acciones 147
F) Por razón de los atributos de persecución y preferencia 148
94. Enumeración de los derechos reales 149
95. Derecho de dominio o propiedad 151
96. Noción de otros derechos reales 153
A) Herencia 153
B) Usufructo 154
C) Uso y habitación 155
D) Servidumbres activas 155
E) El censo 156
F) La prenda 156
G) La hipoteca 157
H) Retención 157
97. Adquisición de los derechos reales. Teoría del título y el modo 157
A) La venta de cosa ajena 159
B) Título constitutivo y traslativo de dominio 159
C) Títulos de adquisición o propiedad y títulos de mera tenencia 159
D) Títulos atributivos y declarativos 159
E) Títulos universales y singulares 159
F) Títulos gratuitos y onerosos 159
98. Los modos de adquirir 160
99. Notariado y registro 161

CAPÍTULO X

DESARROLLO HISTÓRICO
Y ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

100. El registro, última fase de la publicidad inmobiliaria 163
101. Tenencia de la tierra 165
102. Derecho español 166
103. Primeros años de la república 167

PÁG.

104. Código Civil de la nación ... 171
105. Ley 40 de 1932. La matrícula inmobiliaria ... 173
106. Normativa aplicable al registro inmobiliario ... 175
A) Decreto-ley 1250 de 1970 ... 176
B) Decreto-ley 2156 de 1970 ... 177
C) Decreto-ley 1711 de 1984 ... 177
D) Tarifas de registro. Decreto 1428 de 2000 ... 178
107. Dirección, inspección y vigilancia ... 180
108. Estructura de la Superintendencia ... 181
109. Oficinas de registro ... 182
110. Registradores ... 184
A) Funciones incompatibles con el cargo ... 185
B) Inhabilidades ... 185
C) Responsabilidad ... 185
111. Funciones del registrador ... 186
A) Registradores principales ... 186
B) Registradores seccionales ... 187
112. Colegio de registradores ... 188
113. Intento fallido de privatización ... 189

CAPÍTULO XI

LA FORMA DE LLEVAR EL REGISTRO

114. Objeto de la inscripción ... 190
115. Actos sujetos a registro ... 191
116. Competencia territorial y presupuestos de validez ... 192
117. Procedimiento registral ... 194
118. Radicación. Principios de rogación, prioridad y tracto sucesivo ... 195
119. Calificación. Principio de legalidad ... 199
A) Obligatoriedad ... 200
B) Independencia y autonomía ... 200
C) Es esencialmente jurídica ... 201
D) Limitación ... 201
E) Integridad ... 201
F) Principio de legalidad ... 201
120. Inscripción. Asientos que se practican ... 203
A) Asiento de radicación o presentación ... 203
B) Asiento de inscripción ... 204
C) Asiento de inmatriculación ... 204
D) Asiento de medida cautelar ... 204
E) Asiento de nota marginal ... 205
F) Asiento de cancelación ... 205
121. Constancia de inscripción y desanotación del título registrado ... 206

Capítulo XII

CAUSALES QUE IMPIDEN EL REGISTRO

PÁG.

122. Títulos no inscribibles 207
123. Causales que impiden el registro 209

Capítulo XIII

FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA

124. Concepto de finca 235
125. Determinación y descripción de la finca 236
126. Libro de matrícula, folio documental, folio magnético 238
127. Desarrollo jurídico y tecnológico del registro 239
128. Contenido del folio de matrícula inmobiliaria 240
129. Principio de especialidad 241
130. Inmatriculación de fincas 242
131. Modo de efectuar la apertura del folio real 242
132. Modificación de la finca inmatriculada 243
133. Matrícula de bienes prescritos 244
134. Pérdida, deterioro y duplicidad de matrículas 244
135. Antecedentes del folio en medio magnético 245
136. Factores que incidieron en la modernización del registro 246
137. Folio magnético 247
138. Ventajas del folio magnético 248
139. Adopción del sistema de imagen 250
140. Libros y elementos del archivo 250
    A) Libro diario radicador de documentos 250
    B) Libro diario radicador de certificados 251
    C) Libro de testamentos 251
    D) Libro de visitas 251
    E) Índices de inmuebles y de propietarios 251
    F) Carpeta o expediente de antecedentes registrales 252
    G) El archivador de certificados 252
141. El catastro y su interrelación con el registro 252
    A) Concepto 252
    B) Objetivos 253
    C) Interrelación registro, catastro y tesorerías municipales 254
    D) Interrelación registro-catastro en congresos internacionales 256

Capítulo XIV

PUBLICIDAD FORMAL Y EFECTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO

PÁG.

142. La publicidad formal en el registro 258
143. Constancia de inscripción 259
144. Certificados 260
A) Certificados de tradición y libertad 260
B) Certificados de vigencia y notas de registro 260
C) Certificados para proceso declarativo de pertenencia 260
145. Copias fotostáticas y exhibición de los elementos del archivo 261
146. De los fines y el valor del registro inmobiliario 262
147. Funciones del registro 263
148. Principios que consolidan la seguridad jurídica 264
149. Efectos de la inscripción frente a las partes y a terceros 265
150. La inscripción o su rechazo como acto administrativo 267
151. Consecuencias de la inscripción como acto administrativo 268
152. Errores en la inscripción 271
A) Error mecanográfico en el folio 271
B) Anotación indebida 271
C) Calificación ilegal 271
D) Error generado por una interpretación errónea 271
E) Omisión 272
153. Facultad de corrección en el estatuto de registro 272
154. Revocatoria directa en el estatuto contencioso administrativo 273
155. Vicisitudes de la revocatoria directa 275
A) Legalidad de la revocatoria directa sin mediar consentimiento (1984-1994) 275
B) Fase de transición. Opiniones divididas en la revocatoria (1984-1994) 277
C) Restricciones a la revocatoria directa 278

Capítulo XV

REGISTRO DE EMBARGOS

156. Medidas cautelares 279
157. El embargo de inmuebles 280
158. Embargos decretados en acciones personales 280
A) Proceso civil ordinario 281
B) Proceso civil con título quirografario 282
C) Proceso ejecutivo por obligación de suscribir documentos 282
D) Proceso de sucesión 282
E) Embargo en proceso de alimentos 282

PÁG.

F) Embargo en procesos de nulidad o divorcio del matrimonio civil, de separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales 283
G) Embargo en proceso laboral 284
H) Embargos y secuestros en acumulación de procesos ejecutivos 284
159. Embargo decretado en proceso penal 284
A) Acción civil en proceso penal 284
B) Embargo en proceso penal que investiga títulos 288
C) Embargo consagrado en el estatuto anticorrupción 289
160. Embargo ejecutivo hipotecario y la acción mixta 290
161. Registro de embargos en procesos de jurisdicción coactiva 291
A) Embargo de jurisdicción coactiva de la Dian para el cobro de impuestos de renta y complementarios 293
B) Aplicación del estatuto tributario a los municipios y distritos 294
162. Registro de embargos decretados en el concordato y en la liquidación obligatoria 294
163. Acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones 296
164. Prevalencia y concurrencia de embargos en el registro 297

CAPÍTULO XVI

FALSA TRADICIÓN

165. La falsa tradición 299
A) Venta de cosa ajena 299
B) La transferencia del derecho incompleto o sin antecedente propio 300
166. Concepto, naturaleza jurídica y efectos de la posesión 301
167. Adquisición, prueba, agregación y pérdida de la posesión de inmuebles . 303
168. La posesión inscrita o tabular 304
169. Artículos que consagran la posesión inscrita 305
170. Prevalencia de la posesión material 307
171. La posesión frente al registro inmobiliario 308
172. Inmuebles por adherencia 309
173. Accesión mueble a inmueble 309
174. Derecho de superficie 311
175. Posición de la Superintendencia frente al registro de mejoras 313
A) Circular 30 de 1981 313
B) Instrucción administrativa 11 de 1989 313
C) Instrucciones administrativas 15 y 23 de 1994 314
176. Afectación a vivienda familiar sobre mejoras 315

CAPÍTULO XVII

EVALUACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL COLOMBIANO

177. Situación del registro 317

PÁG.

178. Características 318
A) Sistema real 318
B) Sistema constitutivo 319
C) Adquisición de los derechos. Teoría del título y el modo 319
D) Principios aplicables 319
E) Caducidad de anotaciones 320
F) Simplificación del procedimiento registral 321
G) Determinación de los derechos inscribibles 321
H) Actuación oficiosa del registrador 322
I) Sistema de inscripción 322
J) Registro no convalidante 323
K) Vigencia de los certificados expedidos por el registrador 323
L) Incidencia de la autonomía de la voluntad en el principio de prioridad 323
M) El factor humano 324
N) Revisión de las actuaciones del registrador 325
Ñ) Colegiatura 325
O) Sistematización de información y procedimientos 326
179. Valoración del sistema registral colombiano 327
180. Perspectivas 327
181. El Comité latinoamericano frente a la privatización 330

PARTE TERCERA

DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

CAPÍTULO ÚNICO

JURISPRUDENCIA REGISTRAL

Sección I. *Corte Suprema de Justicia*

A) En el derecho colombiano no existe una posesión inscrita. Sentencia de 27 de abril de 1955 337
B) Efectos probatorios de la escritura pública sin registrar. Sentencia de julio 16 de 1993 354
C) Certificado de tradición no prueba el título de dominio. Sentencia del 12 de diciembre de 1986 356
D) Certificado del registrador para el proceso de pertenencia. Sentencia del 5 de septiembre de 1987 358

Sección II. *Consejo de Estado*

A) Improcedencia del recurso de apelación contra los actos de los registradores de instrumentos públicos. Sala de Consulta y Servicio Civil 360

PÁG.

B) Falla del servicio de registro de instrumentos públicos ... 363
Sentencia 0799 de 27 de julio de 1990 ... 363
Sentencia de agosto 6 de 1998 ... 366
C) Desarrollo jurisprudencial de la revocatoria directa ... 370
Primera etapa. El Consejo de Estado admite que registrador puede revocar sus actos de inscripción sin mayores restricciones (1983-1994) ... 370
Sentencia del 14 de octubre de 1983 ... 370
Sentencia de mayo 6 de 1992 ... 371
Sentencia del 12 de julio de 1994. Expediente 1355 ... 371
Segunda etapa. El Consejo de Estado restringe la revocatoria ... 372
Sentencia de julio 7 de 1994 expediente No 2381 ... 372
Sentencia de septiembre 1° de 1998 ... 374

Sección III. *Corte Constitucional*

A) Nexo funcional entre notariado y registro. Sentencia de noviembre 28 de 1996 ... 386
B) Naturaleza jurídica del decreto-ley 1250 de 1970. Sentencia del 11 de febrero de 1997 ... 389
C) Orden judicial en cancelación de escrituras y anotaciones. Sentencia de agosto 4 de 1997 ... 391
D) Efectos de la compraventa cuando el contratante o vendedor no es el verdadero dueño. Sentencia de febrero 14 del año 2001 ... 393
E) Derecho de consulta de los documentos públicos de las oficinas de registro. Sentencia de febrero 14 de 1996 ... 397
F) Régimen de carrera y de interinidad de los registradores de instrumentos públicos. Sentencia de julio 13 de 2000 ... 402

SUPLEMENTO

Descripción del folio de matrícula inmobiliaria ... 413
A) Primera parte (identificación del inmueble) ... 413
B) Segunda parte o respaldo (tradición) ... 416
Folio magnético. Descripción del certificado de tradición y libertad ... 421
A) Características generales ... 421
B) Sección estática del folio y del certificado ... 421
C) Sección dinámica del folio y del certificado ... 422
D) Última sección ... 423
Codificación de actos o negocios jurídicos objeto de inscripción ... 424

Bibliografía ... 435
Índice de autores ... 439
Índice de disposiciones ... 441

INTRODUCCIÓN

En la práctica docente, como profesor de postgrados en derecho de especializaciones que incluyen el estudio del derecho inmobiliario registral y el registro de la propiedad inmueble, hemos encontrado dificultades para recomendar un texto guía que permita a los estudiantes abordar el estudio del derecho inmobiliario registral en su teoría general, en el derecho colombiano y en el derecho comparado.

Aun cuando en esta materia la doctrina internacional ha sido prolífica, y en España y Argentina versados juristas han escrito excelentes tratados, en nuestro país su producción y circulación ha sido en extremo limitada, lo que impide su fácil consulta.

La más reciente obra sobre el registro de la propiedad inmueble en Colombia, de la cual nos hemos beneficiado, fue escrita por el profesor MIGUEL DANCUR BALDOVINO hace quince años. Posteriormente publicaciones y revistas especializadas han tratado temas específicos, entre los cuales se encuentran algunos ensayos nuestros incorporados a esta obra. O sea, que no contamos en este momento con que un libro nos permita tener una idea general y completa del derecho inmobiliario registral.

Estas circunstancias constituyen el motivo fundamental para elaborar esta obra, presentar un sencillo aporte que servirá a los estudiosos de esta disciplina, a los registradores, notarios, jueces, fiscales y expertos del sector inmobiliario para tener un punto de referencia en tan apasionante materia.

El título escogido —inusual por su extensión— intenta ubicar al lector desprevenido en las partes integrantes de su contenido, y resalta la finalidad última perseguida por el registro inmobiliario. La obra se estructura en dos partes. La primera estudia la teoría general del derecho inmobiliario registral y el derecho comparado; y la segunda parte se dedica al registro de la propiedad inmueble en Colombia.

En este orden de ideas, la primera sección trata de la publicidad inmobiliaria, el derecho inmobiliario registral y el registro de la propiedad inmueble; en ella presentamos una síntesis de la teoría general, de los principios que dominan la disciplina y de los sistemas registrales tipo. Como sistemas tipo se entiende los de Francia, Alemania, España, Australia, Suiza e Italia; en esta primera parte el lector dispondrá de una compilación breve de los estudios de connotados tratadistas internacionales.

La segunda sección, reservada al registro inmobiliario colombiano, se estructura a partir de dos capítulos introductorios: el IX dedicado al derecho civil bienes y el X al desarrollo histórico y organización del registro. Luego se analiza la forma como se efectúa el registro, las causales que impiden la inscripción, la matrícula inmobiliaria y los efectos jurídicos, para concluir con la evaluación del sistema registral colombiano.

La inclusión de la seguridad jurídica en el título del libro, sintetiza la finalidad primordial de la institución del registro de la propiedad inmueble, no solo desde la perspectiva del comercio inmobiliario, sino también desde la óptica de esta seguridad en los derechos y titularidades reales. La seguridad jurídica involucra así a la comunidad en general y a la persona como titular de derechos, en especial en la consolidación de la paz, la convivencia social y el desarrollo económico.

Luis Recaséns Siches considera el nacimiento del derecho desde el punto de vista del estímulo de necesidades propias de la vida social, entre ellas la urgencia de certeza y seguridad, donde valores considerados de superior rango, como la justicia y la utilidad común, no son en principio la fuerza generadora de esta ciencia.

La seguridad, entendida como motivación vital del derecho positivo, o como uno de los supremos fines, exige de las disposiciones dictadas en desarrollo de los principios y fines específicos de cada disciplina el objetivo ineludible de brindar seguridad, que será jurídica en la medida que su cumplimiento sea inexorable, coercitivo y participe de otro valor: la justicia, definida por Ulpiano como "la voluntad constante y perpetua de dar a cada cual su derecho".

El derecho de propiedad, los derechos reales, las limitaciones, afectaciones y medidas cautelares que inciden en la situación jurídica de un inmueble, no son extraños a la necesidad de seguridad que demanda la colectividad. Si el pilar de una determinada organización política es el derecho de propiedad, este debe gozar de especial protección en el tráfico jurídico. La protección la brinda el registro.

¿Qué sería del comercio inmobiliario, de la dinámica exigida por las relaciones actuales, de los atributos de persecución y preferencia, del ejercicio de la facultad dispositiva de los derechos reales, de la confianza que debe rodear al adquirente respecto de lo que efectivamente obtiene en ejecución de un negocio jurídico de su tradente, de los efectos que esa transferencia genera frente a terceros, etc., sin la existencia de una institución guiada por principios fundamentales que orienten la función y cuyo fin último es garantizar la seguridad jurídica?

Para terminar, conviene precisar que esta obra no es simplemente teórica, ni el resultado de una investigación bibliográfica, por cuanto la experiencia

acumulada durante diez años como registrador principal de las oficinas de registro de instrumentos públicos de Santa Fe de Bogotá y Medellín, y la participación activa como miembro titular del Centro Internacional de Derecho Registral, Cinder, con sede en Madrid (España), y del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, con sede en Buenos Aires (Argentina), nos ha permitido adquirir aquellos conocimientos que solo brinda el contacto cotidiano con la realidad registral de Colombia y de otros países.

Al igual que toda obra humana, el contenido de esta publicación es susceptible de mejorarse. Aspiramos a que la Divina Providencia nos conceda la posibilidad de ampliarla y actualizarla. Por lo pronto, es nuestro deseo que sea útil para estudiar en forma sistemática y científica el derecho inmobiliario registral.

Parte primera

TEORÍA GENERAL
DERECHO COMPARADO

Capítulo I

PUBLICIDAD INMOBILIARIA.
DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

1. Noción

Publicidad es la actividad orientada a difundir y hacer notorio un acontecimiento. Es la exteriorización o divulgación de una situación, dirigida a provocar su cognoscibilidad general. La publicidad es lo contrario de la clandestinidad, lo notorio se opone a lo secreto. No siempre al ordenamiento legal le preocupa que los hechos trasciendan real o potencialmente a la comunidad. En ocasiones, y para garantizar su reserva, legisla para evitar su difusión; verbigracia, la inviolabilidad de la correspondencia, el secreto profesional, industrial, etc.

La publicidad que importa a nuestro estudio es el sistema de divulgación que permite conocer determinadas situaciones jurídicas, a quienes tienen algún interés en un inmueble para la tutela de los derechos y la seguridad del tráfico. El cabal cumplimiento de los fines expresados requiere de mecanismos e instrumentos idóneos que faciliten conocer hechos, situaciones y actos que inciden en la toma de decisiones de quienes están en vías de celebrar un negocio jurídico sobre bienes inmuebles. En la actualidad, la publicidad se organiza como un servicio a cargo del Estado, es una actividad administrativa encaminada a dar apariencia a las situaciones jurídicas a fin de tutelar los intereses jurídicos de los particulares[1].

2. Importancia de la publicidad inmobiliaria

En la concepción moderna de los negocios jurídicos que afectan los derechos reales inmobiliarios, se imponen dos requisitos esenciales: la solemnidad en las formas de constitución y la necesidad de las formas de publicidad. El primer requisito ha acompañado desde tiempos remotos a los derechos reales, ya que siempre se les ha otorgado mayor importancia social. En la evolución del derecho se han aplicado formas especiales y solemnes de constitu-

[1] Ángel Cristóbal Montes, *Introducción al derecho inmobiliario*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1982, págs. 15 a 17.

ción que en cierta medida dan publicidad, sin que esta característica sea su verdadera función ni fin.

Pero la complejidad de la sociedad moderna dificulta a los ciudadanos el enterarse de los cambios surgidos en los derechos reales. Es en este momento donde surge la necesidad de crear mecanismos que hagan públicas las titularidades, las afectaciones y limitaciones del derecho de propiedad inmueble. La importancia de la publicidad en la transferencia, limitaciones y afectaciones de la propiedad inmueble es evidente. La mayor o menor seguridad del tráfico jurídico-económico dependen de la publicidad, así como la circulación de la riqueza y del crédito territorial dependen de la seguridad jurídica del tráfico.

El adquirente de un inmueble está seguro cuando constata que nadie perturbará su derecho por motivos anteriores a su adquisición, debe tener la certeza de que el transferente es el verdadero dueño y puede transferir el bien. Necesita saber que no hay limitaciones a la facultad dispositiva, que no tiene gravámenes diferentes a los que le han informado. Sin estas condiciones el tráfico es inseguro y la circulación de la riqueza lenta y difícil. Quien concede un crédito garantizado en un inmueble, requiere certeza de la eficacia de esa garantía. Por ello debe saber previamente si el constituyente es el verdadero dueño, si puede disponer de él y si no existen gravámenes anteriores y preferentes.

Mientras las relaciones obligacionales quedan limitadas en sus efectos a la esfera de las partes, las relaciones jurídico-reales han de ser tenidas en cuenta por los terceros a quienes ese tráfico jurídico preocupa. Para estos terceros conocer las titularidades es difícil, de ahí la necesidad de proteger con una razonable confianza la apariencia jurídica, de tal manera que quien confíe de buena fe en una situación aparente merece protección. En los derechos reales, la apariencia está ligada a la publicidad y cuenta con dos medios: la posesión, de gran utilidad en los bienes muebles, pero ineficaz en el tráfico inmobiliario; y los registros públicos, que por medio de la inscripción de las titularidades reales ofrece la publicidad suficiente[2].

Los argumentos expuestos obligan a la creación de formas públicas de apariencia *erga omnes* del derecho real inmueble. En este orden de ideas, la publicidad se justifica, entre otras, por las siguientes razones:

a) De orden social, por cuanto es necesario que la titularidad de la propiedad y de los derechos reales pueda ser conocida por la comunidad.

b) De carácter jurídico. Porque al ser conocidos por todos, deben ser respetados, de tal manera que quien lesiona o viola el derecho no pueda alegar que ignoraba su existencia.

[2] LUIS DÍEZ-PICAZO y ANTONIO GULLON, *Sistemas de derecho inmobiliario*, vol. III, Derecho de las cosas y derecho inmobiliario registral, Madrid, Edit. Tecnos, 1983, págs. 269 a 271.

c) De naturaleza jurídico-moral. Favorece la buena fe en las transacciones, impidiendo el fraude y la clandestinidad.

d) De índole jurídico-económica. Como respuesta a la necesidad de facilitar el crédito territorial y fortalecer la seguridad de las transacciones[3].

3. Origen

Dos posiciones contradictorias tratan de establecer el origen de la publicidad inmobiliaria. Para autores como Besson la publicidad de las transferencias es un hecho tan antiguo como la misma propiedad inmueble. Otros tratadistas como Gianturco consideran que la publicidad inmueble se remonta a la edad moderna únicamente.

Estas posiciones extremas son entendibles porque parten de apreciaciones diferentes de la publicidad. El primero la entiende como la realización de meros actos exteriorizadores del tráfico inmobiliario, es decir, la *pubblicità notizia,* practicada por todos los pueblos de la antigüedad, que en la compraventa utilizaron algunas formas que superaban el mero consensualismo. Pero para quienes le dan al vocablo el sentido de la *pubblicità essenziale*, sin la cual el acto permanece ineficaz, ya sea frente a terceros (sistema latino de transcripción) o también respecto de los propios contratantes (sistema germano de inscripción), el origen de la publicidad es relativamente reciente[4].

En las solemnidades y formalismos de tiempos antiguos y modernos hay diferencias estructurales. En la antigüedad perseguían la protección de la comunidad familiar, la difusión de las transacciones aseguraba la intervención y el veto de los otros miembros de la familia, eran medidas restrictivas de la libre circulación de los bienes. En los tiempos modernos la publicidad en las transferencias sejustifica por la necesidad de fomentar y activar el crédito y agilizar los cambios inmobiliarios.

En el derecho antiguo se distinguen dos tendencias. Por un lado, las comunidades greco-orientales, que dotaron las transacciones inmobiliarias de medios de publicidad que en las etapas más avanzadas de algunos pueblos previeron la institución del registro. Por el otro, el derecho romano que se mantuvo al margen de todo tipo de publicidad registral[5].

La propiedad inmobiliaria aparece en etapas relativamente avanzadas de las sociedades antiguas. Como se recordará, los primitivos pueblos nómadas

[3] Ángel Sanz Fernández, *Instituciones de derecho hipotecario*, t. II, Madrid, Instituto Editorial Reus, 1947, págs. 37 a 39.

[4] Alfredo di Pietro y otros, "Evolución histórica de la publicidad inmobiliaria", en *Curso de derecho registral inmobiliario*, Ministerio de Justicia, Argentina, Buenos Aires, 1971, págs. 40 y 41.

[5] *Idem, ibidem*, págs. 40 y 41.

dedicados a la caza, pesca y pastoreo solo conocieron la propiedad de los productos. Luego vendrían los pueblos dedicados a la explotación agrícola, cuyos asentamientos implican el comienzo de la propiedad fundiaria que optaría por formas colectivas de apropiación y con el tiempo por la propiedad individual.

4. Etapas del desarrollo

En la evolución histórica de la publicidad de los derechos reales inmobiliarios se distinguen tres etapas:

A) *Publicidad de tipo publicitario o notificatorio*

Se orienta a dar a conocer a cualquier posible interesado el acto o contrato celebrado para transferir bienes inmuebles, y utiliza para ello medios como el pregón, el anuncio, el edicto, etc.; concede, por lo general, un término para que los interesados, si lo consideran necesario, lo impugnen. El registro como tal tiene un valor informativo. En este sentido, las formas solemnes de constitución conceden cierta publicidad; así fueron utilizadas por los pueblos antiguos.

B) *Publicidad protectora de terceros adquirentes*

En esta etapa el registro da a conocer a terceros interesados los derechos reales que recaen sobre inmuebles, los cuales quedan a salvo respecto de aquellos derechos que no optaron por acogerse al principio de publicidad y, por ende, permanecen en la clandestinidad. Los actos no inscritos son inoponibles a terceros. Las formas de publicidad y las de constitución actúan independientemente, de modo que el derecho real puede existir válida y, al menos, eficazmente una vez cumplidas estas, aunque no se cumplan aquellas.

C) *Publicidad de valor constitutivo*

La inscripción en el registro es requisito indispensable para que opere la transmisión inmobiliaria. En esta etapa se presentan varios sistemas: 1) los que conceden valor convalidante a la inscripción; 2) los que consagran el principio de la fuerza jurídica formal o legitimadora de la inscripción, y 3) los que atribuyen simple valor constitutivo. En esta etapa las formas por medio de las cuales se hace efectiva la publicidad, reaccionan sobre las formas de constitución del derecho, absorbiéndolas o eliminándolas, de manera que pasan a cumplir con este doble fin[6].

5. Campo de acción

Mientras que los derechos personales solo interesan y producen efectos interpartes y solo son violados por el deudor al no satisfacer la obligación que

[6] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 41 a 43; Ángel Cristóbal Montes, *op. cit.*, pág. 47.

ha contraído con el acreedor, los derechos reales, en cuanto no se dan frente a persona determinada, presuponen un conjunto de facultades que el titular ejerce sobre una cosa y potencialmente pueden ser conculcados por cualquiera, violando así el deber de abstención y de respeto que incumbe a todos.

Si la sociedad debe abstenerse de perturbar o impedir el ejercicio de los derechos reales, es indispensable que sus miembros conozcan su existencia. Además, para que una persona disponga con eficacia de un derecho real por cualquier medio debe ser titular, razón que explica que el adquirente tenga a su alcance los medios que le permitan conocerlo en cualquier momento.

En la época en que se intentó estructurar un sistema de publicidad de las titularidades reales, la organización económico-política de la sociedad descansaba sobre la propiedad inmueble, los muebles carecían de valor. En la Edad Media el poder político del feudalismo se deriva de la tierra, ello le da mayor importancia a la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

En la actualidad, si bien es cierto que subsiste la distinción entre el régimen jurídico de los muebles e inmuebles, el antiguo criterio de desprecio a la propiedad mobiliaria ha disminuido, hasta el punto de que muebles como las aeronaves, buques, vehículos y maquinaria tienen un valor económico superior a los inmuebles, circunstancia que unida a la fácil individualización y existencia duradera justifican su acceso a la publicidad.

Hay dificultad en limitar la publicidad solo a los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, por cuanto esta clasificación, que sigue siendo de gran trascendencia, no es criterio suficiente para determinar qué relaciones jurídicas deben someterse a un régimen de publicidad. Así las cosas, la admisión de la publicidad puede hacer relación tanto a los derechos reales inmobiliarios como a los mobiliarios, y aun a ciertos derechos personales que excepcionalmente acceden a la publicidad registral.

6. Derecho inmobiliario y derecho registral

Si se pretende intentar una definición del derecho inmobiliario registral se debe empezar por desagregar los términos derecho inmobiliario y derecho registral. En sentido amplio, el concepto de derecho inmobiliario incluiría la totalidad de normas relativas a los bienes inmuebles y podría servir una definición del siguiente tenor: conjunto sistemático de reglas o preceptos legales acerca de los derechos constituidos sobre cosa raíz o inmueble[7].

Las disposiciones del derecho inmobiliario se refieren exclusivamente a las relaciones jurídicas que el hombre mantiene con las cosas inmuebles, y de manera particular compete a este derecho la regulación de toda la materia relativa a los derechos reales sobre inmuebles, tanto desde el ángulo de su con-

[7] Bienvenido Oliver, *Derecho inmobiliario español*, t. I, Madrid, 1892, págs. 879 y ss.

formación sustantiva como de su configuración formal, es decir, el tráfico jurídico, tutelado por la institución del registro de la propiedad.

Cuando se afirma que el derecho inmobiliario regula las relaciones jurídicas que tienen por objeto bienes inmuebles, se puede incurrir en una inexactitud, pues en el derecho positivo el concepto de inmueble es demasiado amplio. El objeto del derecho inmobiliario solo son los inmuebles por naturaleza en sentido estricto, es decir, las fincas, y algunos que la doctrina extranjera llama inmuebles por analogía, por ejemplo, las concesiones administrativas de obras públicas.

Por el contrario, las partes integrantes y pertenencias de los inmuebles, si bien es cierto que el derecho inmobiliario las toma en cuenta, no lo hace en cuanto constituyen objeto propio del mismo, sino en cuanto alteran la estructura y caracteres de las fincas. Por otra parte, en relación con los derechos y acciones reales sobre inmuebles, considerados por nuestro Código como inmuebles en razón de la cosa a que se refiere el derecho, constituyen parte del contenido, pero no del objeto. En este orden de ideas, el derecho inmobiliario es el conjunto de normas jurídicas relativas a los derechos reales vinculados a los inmuebles por naturaleza[8].

Partiendo del neologismo "registral", se ha dado nombre a una rama que se denomina derecho registral, entendida como "el conjunto de principios y normas que tienen por objeto reglar los organismos estatales encargados de registrar personas, hechos, actos, documentos o derechos; así como también la forma como han de practicarse tales registraciones; y los efectos y consecuencias jurídicas que derivan de estas"[9]. El derecho registral es el género y no debe conceptualmente confundirse, como habitualmente ocurre, con una de sus múltiples ramas, el derecho registral inmobiliario, que es una especie de dicho género.

En la Declaración I de la Carta de Buenos Aires, con ocasión del primer Congreso internacional de derecho registral celebrado en la capital argentina en 1972, se expresó: "El derecho registral integra un sistema jurídico con normas y principios propios, de derecho público y privado, que coexisten y funcionan armónicamente, constituyendo una disciplina independiente de la cual el derecho registral inmobiliario es una de sus principales ramas"[10].

En el derecho registral coexisten normas de derecho público y de derecho privado. En efecto, los principios y normas del derecho administrativo regulan la organización registral como organismo estatal o, por lo menos, paraestatal en aquellos países donde el Estado delega a instituciones, organismos o centros

[8] Ángel Cristóbal Montes, *op. cit.*, págs. 115 a 120.

[9] Alberto D. Molinario, en *Curso de derecho registral inmobiliario*, *op. cit.*, Ministerio de Justicia, República Argentina, pág. 15.

[10] Revista del Centro Internacional de Derecho Registral, Cinder, número extraordinario, Madrid, 1988.

la tarea de cooperar en el ámbito del derecho registral, sin que por ello sean organismos de la administración pública.

Por otra parte, existen principios y normas de derecho privado que son aquellos que regulan los efectos y consecuencias jurídicas de las inscripciones en la medida que estas interesan a las relaciones de los particulares entre sí y, naturalmente, del Estado como persona de derecho privado en sus relaciones con los habitantes.

El fundamento del derecho registral se encuentra en el denominado "poder de policía", entendido este como la potestad jurídica en virtud de la cual el Estado, con el fin de asegurar la libertad, la convivencia armónica, la seguridad, el orden público, la moralidad, la salud y el bienestar general de los habitantes, impone por medio de la ley, y de conformidad con los principios constitucionales, limitaciones razonables al ejercicio de los derechos individuales. Desde esta perspectiva el derecho registral atañe a la seguridad y al orden público[11].

7. Concepto del derecho inmobiliario registral

Múltiples y variadas definiciones se han intentado del derecho inmobiliario registral. Basta con citar algunas de ellas.

Roca Sastre: "Aquel que regula la constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre bienes inmuebles, en relación con el registro de la propiedad, así como las garantías estrictamente registrales".

De Cossio: "Derecho regulador de la forma de constitución, modificación, transmisión y extinción de las relaciones jurídicas reales que tienen por objeto un bien inmueble, una finca".

Falbo: "Es una disciplina jurídica que trata de los derechos reales en su aspecto dinámico, procurando dar seguridad a los adquirentes de bienes inmuebles o a quienes constituyan derechos reales sobre ellos".

García Coni: "La sistematización de principios relacionados con la dinámica de los derechos inscribibles en relación con terceros"[12].

Sanz Fernández: "Conjunto de normas de derecho civil que regulan las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas y las garantías de ciertos derechos personales o de crédito a través del registro de la propiedad". El autor explica su definición en los siguientes términos:

a. El derecho inmobiliario está integrado por un conjunto de normas de sustancia o naturaleza civil. Por tanto, no cabe la construcción del mismo como

[11] Alberto D. Molinario, *op. cit.*, págs. 18 y 19.

[12] Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini, *Derecho registral aplicado*, 2ª ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1993, págs. 48 a 50.

una rama jurídica autónoma, desvinculada del derecho civil. Tampoco admite la coexistencia de normas de derecho administrativo reguladoras del registro de la propiedad.

b. El derecho inmobiliario regula las formas de publicidad de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas. En los ordenamientos de inscripción registral declarativo de derechos, la naturaleza, requisitos fundamentales y elementos formales de sustancia no publicitaria de aquellos actos quedan cobijados por la consideración, tratamiento y estudio de los preceptos genéricos del derecho civil, reservándose para el derecho inmobiliario la regulación de los requisitos formales de finalidad publicitaria de los actos modificativos de los derechos reales.

Cosa distinta sucede en los ordenamientos en que se atribuye a la inscripción registral eficacia constitutiva de las titularidades reales; en ellos, las formas de publicidad han eliminado las constitutivas y cumplen por sí mismas tal función, dando lugar a que el derecho inmobiliario se ocupe de la regulación de los actos modificativos en toda su extensión y en todos sus aspectos.

c. Aunque el derecho inmobiliario solo atiende a la regulación de los derechos reales sobre fincas, ocasionalmente extiende su normativa a determinados derechos personales o de crédito, para dotarlos de cierta garantía real, o de precisar las eventuales consecuencias que en relación con el dominio y demás derechos reales puedan ocasionar.

d. El derecho inmobiliario da cumplimiento a sus fines de publicidad por medio de un instrumento técnico: el registro de la propiedad inmueble. Ahora bien, según sea uno u otro el valor y eficacia que se dé a los asientos practicables en el mismo, será mayor o menor el ámbito de aplicación de las reglas de derecho inmobiliario.

En los sistemas inmobiliarios de inscripción constitutiva (el nacimiento y extinción del derecho real requieren del registro), a todas las fincas les es aplicable el derecho inmobiliario. En cambio, en los sistemas donde la inscripción es declarativa (los derechos reales se constituyen extrarregistralmente), solo les son aplicables las normas del derecho inmobiliario registral a las fincas que han sido inscritas en el registro por sus propietarios, mientras que en relación con las que no se sometieron al régimen de publicidad les es aplicable en su integridad el sistema normal del derecho civil[13].

Los argumentos del español Sanz Fernández son entendibles en la medida que la ley hipotecaria no solo incluye normas del registro de la propiedad, sino también del derecho real de hipoteca; una vez entra a regir el Código Civil que fue posterior a la ley hipotecaria, esta se entiende incorporada al Código, por ello el autor defiende la naturaleza civil de las normas de derecho inmobiliario registral.

[13] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 6 a 12.

En el apartado anterior se analizaron los conceptos de derecho inmobiliario y de derecho registral, y con base en ello, y en lo expresado por los ilustres tratadistas citados, podemos intentar la siguiente definición:

El derecho inmobiliario registral es un conjunto de normas de carácter civil y administrativo; las primeras regulan el nacimiento, modificación, transferencia, extinción, efectos y eficacia de las relaciones jurídicas reales inmobiliarias, y las segundas determinan la organización, funcionamiento, principios y procedimientos del registro de la propiedad como instrumento de publicidad.

Como puede observarse, la definición incluye los aspectos sustantivos o materiales y los adjetivos o formales del derecho inmobiliario registral, situación que obliga a reconocerle una naturaleza jurídica mixta a este derecho, integrado por normas del derecho privado y del derecho administrativo. Definición que tiene lugar en Colombia, donde, por una parte, el nacimiento, modificación y extinción de los derechos reales están consagrados en el Código Civil, en especial el libro segundo, y, por otra, la organización y funcionamiento del registro de la propiedad, por su naturaleza pública, corresponden a disposiciones de carácter administrativo.

8. Terminología

Con respecto a la denominación de nuestro objeto de estudio no existe uniformidad doctrinal. Las denominaciones más frecuentes son derecho hipotecario, derecho inmobiliario, derecho del registro de la propiedad, derecho inmobiliario registral, etc.

A) *Derecho hipotecario*

Muy utilizada en España, y se explica por haber nacido la disciplina a instancias de dotar al derecho real de hipoteca de un régimen publicitario formal. Además, en la península ibérica la ley fundamental reguladora de la publicidad registral fue intitulada ley hipotecaria (1861) y la misma terminología han utilizado las leyes y reglamentos posteriores. La denominación derecho hipotecario resulta excesivamente restrictiva, pues da a entender que su contenido se limita a regulares derecho real de hipoteca, cuando en realidad es más amplio, ya que se extiende a la regulación de los actos modificativos de todos los derechos reales sobre inmuebles siempre y cuando ingresen al registro de la propiedad raíz.

B) *Derecho inmobiliario*

Empleado por la doctrina alemana. En sentido lato es el conjunto de normas aplicables a bienes inmuebles, con lo que da lugar a su identificación y confusión con las normas generales del derecho civil. La expresión derecho inmobiliario resulta demasiado amplia, desborda la esfera de esta disciplina.

Esta denominación podría acomodarse si su significado solo comprendiera las normas aplicables a los inmuebles por naturaleza (fincas) relativas a los derechos reales en su aspecto dinámico: adquisición, transmisión y pérdida de los derechos reales siempre y cuando accedan al registro de la propiedad.

C) *Derecho del registro de la propiedad*

Esta nominación hace énfasis en el elemento formal de la publicidad y subestima el elemento material. Es justificada por el profesor español Ignacio del Casso Romero, su proponente, quien también estima como designación válida "registro jurídico-real", nombres que al sentir del autor evitan limitarlo a los bienes raíces y a los derechos reales inmobiliarios, o que pueda entenderse restringido al derecho real de hipoteca. A esta denominación se le critica porque una disciplina se identifica por su objeto o fin y no por el específico medio instrumental adoptado para el logro de aquel. Además, puede entenderse que su objeto es la reglamentación del registro como oficina y no en relación con los principios materiales o sustantivos registrales.

D) *Derecho registral*

El profesor español Pascual Marín Pérez define el derecho registral objetivo como el conjunto de normas reguladores de las relaciones jurídicas relativas a aquellos bienes aptos para engendrar titularidades *erga omnes*, mediante la publicidad del registro[14]. Este autor parte de la idea de un organismo registral único de carácter jurídico, establecido por una ley general donde se inscriban los actos de cambio de titularidad de todos aquellos bienes susceptibles de ser objeto de garantía. La propuesta se sustenta en la economía burocrática, unidad de la función directiva, etc.

Países como Costa Rica y Perú, el primero con buen éxito, el segundo con algunos tropiezos, optaron por la unificación de los registros públicos. Pero una situación es la unificación administrativa y la concentración de las funciones de los diferentes registros en una oficina, y otra es la denominación de la disciplina que es demasiado amplia, por no concretar la publicidad de las transmisiones inmobiliarias. La designación en comento puede ser válida para delimitar la materia relativa al estudio unitario de los órganos establecidos por el Estado para el cumplimiento de inscripciones con fines jurídicos, pero no sirve para identificar la publicidad de los derechos reales inmobiliarios.

E) *Derecho inmobiliario registral*

La publicidad inmobiliaria se lleva a la práctica en razón del registro, instrumento idóneo para agrupar en un cuerpo unitario las normas relativas a los derechos reales sobre inmuebles. Todo derecho inmobiliario gira en torno

[14] Pascual Marín Pérez, *Introducción al derecho hipotecario*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1980, pág. 75.

de la publicidad registral. De ahí que esta denominación es la apropiada, por cuanto refleja la especialidad de la materia.

9. Contenido

Con base en las definiciones transcritas el contenido del derecho inmobiliario está formado por: a) el estudio del registro de la propiedad; b) por la regulación de la forma de publicidad aplicable a los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales, es decir, de los asientos del registro, forma y requisitos de los mismos, y e) por la determinación de los efectos que la forma pública establecida produce por sí misma, es decir, de los efectos de los asientos que se practican[15].

La doctrina alemana divide el contenido en dos grandes partes: derecho inmobiliario material y derecho inmobiliario formal. El primero se ocupa del estudio de los caracteres y determinación de la finca, los principios fundamentales del régimen, la adquisición y pérdida de la propiedad, la constitución, transferencia, modificación y extinción de los derechos reales, y el contenido y rango del derecho amparado por la inscripción. En el segundo se consideran los presupuestos adjetivos de la inscripción, la organización del registro de la propiedad, la apertura de libros y la jurisdicción registral.

El contenido se puede agrupar en dos categorías: la sustantiva o material y la adjetiva, formal u orgánica. En la parte material o sustantiva del derecho inmobiliario registral se incluyen las siguientes materias: a) La finca. Concepto, clases, identificación, modificación. b) Los títulos y derechos susceptibles de inscripción. Actos y contratos inscribibles. c) Los principios fundamentales organizadores del sistema. Inscripción, legitimación, fe pública registral, prioridad y prescripción. d) Los asientos registrales en su aspecto material y sus presupuestos: rogación, calificación, recursos y tracto sucesivo o previa inscripción. e) El asiento de inscripción. Concepto, formas, efectos y extinción. f) El asiento de anotación preventiva. Concepto, clases, efectos y extinción. g) El asiento de cancelación.

La parte adjetiva o formal del derecho inmobiliario incluye las siguientes materias: a) Los asientos registrales en su aspecto formal. b) Modo de llevar el registro. c) Organización del registro. d) Estatuto personal de los registradores y organización jerárquica. e) Rectificación de los asientos registrales. f) Publicidad formal del registro.

10. Caracteres del derecho inmobiliario

Las características de las normas que integran el derecho inmobiliario registral son las siguientes:

[15] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.,* págs. 13 a 15.

A) *Es un derecho regulador de la publicidad inmobiliaria integrado por normas de naturaleza formal y material*

A pesar de que hay la tendencia a considerar que las normas de derecho inmobiliario registral son meramente formales por entender que el régimen de inmuebles está sustancialmente regulado por el derecho civil, lo limita a establecer las condiciones externas o requisitos formales dirigidos exclusivamente a complementar las normas materiales sobre bienes inmuebles. El registro como medio de publicidad era visto como un mero requisito de forma. Pero debemos reconocer que este tiene consecuencias materiales y se nutre del derecho sustantivo, cuya amplitud depende del alcance de los principios de legitimación y fe pública[16].

B) *Es un derecho legitimador de situaciones jurídicas* (*titularidades reales*)

El derecho inmobiliario registral, si aspira a garantizar las transacciones, no puede limitar el registro de la propiedad a publicar y dar a conocer los derechos reales inmobiliarios y sus modificaciones, sin reconocerle efectos específicos orientados a la protección y amparo de los mismos. Sin este presupuesto elemental el registro queda reducido al simple papel de una oficina informativa.

El derecho inmobiliario registral consigue la protección de las titularidades reales si establece la presunción de exactitud de la apariencia registral, cuando la misma no concuerda con la realidad jurídica. Además, si se preocupa por señalar una serie de garantías previas o presupuestos para la inscripción (titulación auténtica, calificación del registrador, etc.) tendientes a procurar que los asientos registrales coincidan con la situación jurídica extrarregistral, y fortalece esos asientos con una presunción de concordancia con la realidad (presunción de exactitud o veracidad), según la cual quien tiene inscrito un derecho (titular registral), es beneficiado por la presunción de que el derecho existe y le pertenece, aunque no sea más que un titular aparente; mientras que el opositor a los pronunciamientos registrales debe acreditar la inexactitud. El principio de legitimación impone la credibilidad del registro, hasta tanto no se demuestre su inexactitud, circunstancia que explica sus importantes efectos procesales[17].

C) *Es un derecho protector del tráfico jurídico inmobiliario*

La necesidad de asegurar el tráfico o comercio inmobiliario y de proteger la confianza en la apariencia justifican que el contenido registral prevalezca sobre la realidad jurídica discordante. La presunción de exactitud registral

[16] Ramón María Roca Sastre, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1948, págs. 13 y 14.

[17] Ángel Cristóbal Montes, *op. cit.*, págs. 143 a 145.

opera en una doble dirección e intensidad, ya que si en ciertos supuestos mantiene como verdadera la titularidad inscrita, mientras no se pruebe lo contrario (presunción *iuris tantum*), en otros la mantiene inatacable, siendo inoperante la demostración de su inexactitud o discordancia con la realidad extrarregistral (presunción *iuris et de iure*).

Si la presunción de exactitud del registro opera en forma *iuris et de iure*, estamos frente al principio de fe pública registral, en cuya virtud, para conseguir la seguridad jurídica en el tráfico inmobiliario, lo que expresan los asientos registrales se reputa siempre exacto en beneficio del tercer adquirente que ha contratado fundándose de buena fe en el contenido del registro. De tal forma que el tercero será mantenido en la adquisición en forma irrebatible aunque se demuestre que hay la inexactitud registral, siempre y cuando se reúnan los requisitos exigidos en la ley.

La circunstancia de ser un derecho protector y asegurador del tráfico jurídico trae una serie de consecuencias secundarias: fomenta el crédito territorial, promueve y favorece la circulación de la riqueza inmobiliaria, reduce el interés del dinero, evita los gravámenes ocultos e impide la doble venta[18].

D) *Se refiere fundamentalmente a fincas que constituyen la unidad básica del derecho inmobiliario registral*

Parte esencial es la determinación de la unidad 'finca' y su inmatriculación. Este derecho lo componen dos elementos: uno objetivo, que consiste en una serie de normas aplicables a las fincas, y otro subjetivo, por cuanto se ocupa de los derechos que tienen por objeto una finca.

E) *Carece de sustantividad propia*

No es una disciplina independiente, aunque goza de: a) cierta autonomía científica, puesto que los diversos institutos que componen el derecho inmobiliario registral son susceptibles de una sistematización orgánica de la cual resulta un ordenamiento completo en sus distintas partes, suficientes por sí mismas, para constituir el objeto de un estudio jurídico; b) cierta autonomía jurídica al contar con determinados principios específicos; c) autonomía legislativa por tener un estatuto de registro propio, y d) autonomía didáctica por ser objeto de estudio en algunas facultades de derecho y en postgrados.

Empero, en su contenido subsisten normas de derecho civil, hasta el punto de que los doctrinantes clásicos consideran que es una parte integrante de esta disciplina, y de derecho administrativo, en la medida que al registro de la propiedad, en cuanto a su estructura, organización, funcionamiento, procedimiento, recursos, etc., le son aplicables estas normas.

Las posiciones doctrinales tendientes a determinar las relaciones entre el derecho civil y el derecho inmobiliario registral no son uniformes. Para algu-

[18] *Idem, ibidem*, págs. 146 a 148.

nos es más correcto hablar de la delimitación entre estas ramas que de relaciones, pues tan solo en el supuesto de que se considerase el segundo como una rama jurídica independiente, dotada de autonomía dentro del cuadro general de las disciplinas jurídicas, sería posible hablar de relaciones entre ellos.

Otros consideran el derecho inmobiliario registral como una rama independiente, dotado de propia y genuina sustantividad en virtud de la desintegración del derecho civil en varias ramas, por ejemplo el derecho agrario, el derecho comercial, etc. Para quienes comparten esta opinión, mientras el derecho civil estudia la estructura, contenido, caracteres, modos de adquirir y pérdida de los derechos reales, el derecho inmobiliario registral se encarga de regular la inscripción de los actos de constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, traslación, del dominio u otro derecho real sobre bienes inmuebles. El derecho civil se ocupa del aspecto estático de los derechos reales, el derecho inmobiliario registral del aspecto dinámico.

Capítulo II

REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE

11. Instrumento de la publicidad inmueble

El registro de la propiedad es el instrumento de la publicidad inmobiliaria. Si respecto de los bienes muebles la publicidad y la seguridad del tráfico se cumple mediante la institución de la posesión, esta es insuficiente en el caso de bienes inmuebles. En materia de transacciones mobiliarias es suficiente la manifestación del poder de hecho, la potestad exterior sobre la cosa como manifestación de un derecho real. La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales.

No sucede igual con los bienes inmuebles, la posesión no tiene la misma importancia publicitaria, porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una mínima parte de la potestad de hecho que se ejerce sobre el predio. De ahí la necesidad de crear formas especiales perceptibles por los sentidos. Dichas formas son expresiones del derecho y quien se aprovecha de ellas puede ser considerado, por cualquier tercero de buena fe, como el verdadero titular[1].

La seguridad de las adquisiciones y transmisiones de inmuebles precisa de una forma especial que recoja con carácter público los actos referentes a derechos reales sobre fincas. De tal forma que brinde seguridad a quien desea adquirir un inmueble o prestar con garantía del mismo, hasta el punto de que le lleve a la convicción de que solo puede perjudicarle lo que dicha forma revela o manifiesta. El organismo que responde a las necesidades descritas en materia de publicidad inmobiliaria, es el registro de la propiedad, único medio eficaz que acredita la preexistencia del derecho, y lo hace realmente público.

Distintas denominaciones se han dado a la institución del registro de la propiedad. A manera de ejemplo: registro inmobiliario, registro de los derechos inmobiliarios, registro predial, registro de los derechos reales, registro jurídico real, y en Colombia, registro de instrumentos públicos. Cualquiera que sea la denominación escogida, es el órgano de actuación de la publicidad registral, instrumento necesario para la representación documental de las relaciones jurídico-reales inmobiliarias.

[1] *Exposé des motifs de l'avant - projet du Département Fédéral de Justice et Police*, Berna, Suiza, 1902, pág. 240.

El registro inmobiliario es un medio técnico destinado a cubrir necesidades del tráfico que interesan a la sociedad, creado como organismo de la administración pública para atender intereses particulares, pero que cumple también una función de interés público.

12. Concepto

El registro de la propiedad inmueble puede estudiarse y definirse desde cuatro puntos de vista: a) como institución jurídica; b) como oficina; c) como conjunto de libros, y d) como servicio público.

A) *Como institución jurídica*

Tres definiciones sirven para entender este enfoque. Roca Sastre define el registro de la propiedad inmueble como "la institución jurídica que tiene por objeto fundamental dotar de forma pública y solemne a los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción del dominio y derechos reales sobre fincas".

Para Hernández Gil "es la institución jurídica que, como instrumento de la publicidad, tiene por objeto dar seguridad jurídica a las relaciones inmobiliarias mediante la inscripción de los actos de constitución, transmisión, modificación y extinción de los derechos reales sobre fincas".

Cristóbal Montes opina que el registro de la propiedad inmueble es "la institución jurídica que tiene por misión la publicación de los derechos reales sobre fincas, confiriendo a los mismos, mediante tal publicidad, una eficacia civil especial"[2].

B) *Como oficina*

El registro de la propiedad inmueble para cumplir con sus fines requiere de una organización y de un lugar donde reposen los libros y se hagan constar los asientos, los hechos, actos y situaciones de trascendencia jurídico-inmobiliaria que legalmente deban tener acceso al registro. Es una acepción material que se identifica con el control público, en el cual se hace constar el verdadero estado de la propiedad inmueble por la toma de razón de todos los títulos traslativos de su dominio y de los derechos reales.

En cuanto a la organización del registro como oficina hay dos posiciones, la que sostiene que el registro debe ser una dependencia o sección de los tribunales de justicia y la que estima que el registro debe ser una oficina pública administrativa. A su vez, en la segunda posición hay tres variantes: la que pretende la fusión del registro de la propiedad, el registro civil, el registro mercantil y el notariado, o de algunos de los citados; la que aspira a que el registro sea el reflejo de la propiedad inmobiliaria en todos sus aspectos (físico, eco-

[2] Ángel Cristóbal Montes, *op. cit.*, págs. 165 a 167.

nómico, social, jurídico, fiscal), y la que defiende que la función del registro debe limitarse a reflejar una realidad jurídica (dominio y demás derechos reales sobre las fincas).

Conviene precisar que la función registral no es judicial, pues no entraña contención, sino jurídica y requiere del funcionario encargado profundos y especializados conocimientos de derecho con perfil administrativo, ya que la actuación del registrador, sea que admita o niegue el asiento, es la resolución del Estado contra un particular, que pretende, mediante la inscripción, adquirir un derecho que el Estado le garantiza. De las tres variantes expresadas, la más adecuada es aquella que independiza el registro de la propiedad de otros registros.

C) *Como conjunto de libros*

Esta acepción hace referencia al contenido tangible, externo y gráfico de lo que es registro; lo que representa y lo que supone. Desde esta perspectiva, el registro es una especie de catálogo jurídico de la propiedad inmueble, una especie de cuadro del estado de la propiedad inmueble y de sus cargas para el conocimiento de la sociedad. Es un índice público de los bienes inmuebles de un país y de los derechos reales impuestos sobre ellos, con mención de sus titulares y de los cambios que se produzcan en unos y en otros objetiva y subjetivamente. La historia jurídica puede llevarse en libros, cartones o en bases de datos, según el volumen de inmuebles matriculados, el número de operaciones y el grado de tecnología del respectivo sistema[3].

D) *Como servicio público*

El destinatario del registro es la sociedad, que debe conocer la situación jurídica de los inmuebles con fines de bienestar, seguridad y orden. El registro de la propiedad inmueble, así entendido, es la organización estatal que tiene por objeto realizar una tarea de necesidad pública, cual es la de la publicidad de los derechos privados, encomendada a un funcionario público denominado registrador[4].

13. Fines

Como el registro de la propiedad es el instrumento o medio de actuación del derecho inmobiliario, hay similitud entre los fines perseguidos por ambos. Consultada la doctrina internacional, los fines perseguidos por el registro de la propiedad inmueble son los siguientes:

[3] *Idem, ibidem*, págs. 167 a 173.

[4] Jesús López Medel, "Teoría del registro de la propiedad como servicio público", en *Revista de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1958, pág. 180.

A) *La publicidad de los derechos reales sobre inmuebles*

LACRUZ BERDEJO considera que la publicidad de un registro será jurídica en la medida que, al menos en algunos supuestos, la discordancia entre la realidad y los datos suministrados por el registro, se falle en favor de los últimos. Es decir, que si el pronunciamiento predicado por el registro no está acompañado de una presunción o garantía de exactitud o de integridad, no puede hablarse de la publicidad, en caso contrario estaríamos frente a una publicidad informativa carente de efectos jurídicos.

La pervivencia y difusión casi universal de los registros inmobiliarios se debe a que constituyen un instrumento o medio técnico para llevar a feliz término la publicidad en la transferencia y gravamen de los bienes inmuebles.

SANZ FERNÁNDEZ considera que la publicidad proporcionada por el registro tiene dos notas características: a) es esencialmente formalista y auténtica, b) es el medio normal de publicidad aplicable a todos los derechos que no tienen en sí una fuerza superior que los haga públicos y notorios. Quien quiera saber de la libertad o gravamen de una finca, le basta acudir al registro de la propiedad que desde este punto de vista ofrece la publicidad formal.

La publicidad de los asientos del registro procura al tercer adquirente la eliminación de los peligros inherentes a la clandestinidad en lo que respecta a la verdadera situación de la finca, con lo que se evita, respecto a terceros, las nefastas consecuencias del estelionato (ocultación maliciosa de gravámenes y la doble venta de un inmueble)[5].

B) *La seguridad del tráfico inmobiliario*

La verdadera publicidad inmobiliaria es la que protege a terceros adquirentes, ya que mediante la legitimación de adquisiciones procura la seguridad del tráfico jurídico. La función del registro no puede limitarse a la mera publicidad de los derechos reales, so pena de ser reducido a un órgano meramente informativo; por ello debe protegerlos por medio de las garantías inherentes a los principios de legitimación y fe pública registral, con lo cual se confiere una eficacia civil especial.

Si se aspira a que la publicidad que concede un registro sea jurídica, es preciso dotarla de veracidad, sin la cual no es posible conseguir la seguridad en el tráfico o comercio jurídico. No todos los sistemas de registro procuran el mismo grado de seguridad en el tráfico. Como se recordará, el nivel inferior solo concede la llamada fuerza negativa o preclusiva de la publicidad; de tal manera que quien inscribió su derecho en el registro queda a salvo de los ataques de quienes hubiesen adquirido del mismo autor, aunque sea de fecha anterior, derechos idénticos o incompatibles con el ya inscrito y no procedieron a su inscripción. Ello ocurre con el registro francés y los países que siguen sus directrices.

[5] ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, págs. 182 y 183.

En otros sistemas, la garantía de tráfico es plena al disponer que el contenido registral se reputa siempre exacto en provecho de quien adquiera de buena fe fundándose en el contenido registral, de tal manera que será mantenido en su adquisición, aunque posteriormente se resuelva el derecho del *tradens*, por virtud de causas que el registro no proclama. Así las cosas, si se declara nula la adquisición del *tradens* o de sus antecesores o si el transmitente no era titular, el tercer adquirente no pierde su derecho (Alemania, Suiza, España). No sucede lo mismo con el nivel anterior, ya comentado, donde la nulidad o rescisión del título del *tradens* o sus antecesores alcanza a los adquirentes posteriores.

El tercer nivel incluye los sistemas que atribuyen sustantividad a la publicidad registral. La apariencia registral tiene tal fuerza que equivale y desplaza a la realidad, no hay más verdad que la proclamada por el registro, tanto entre partes como frente a terceros. La inscripción purga o sanea todo vicio o defecto que pudiera derivarse del título presentado.

C) *Fomento de crédito territorial*

El crédito territorial procura capital al propietario de la tierra, es decir, facilita la obtención de préstamos garantizados sobre las fincas. La inversión de los capitales recibidos por el propietario favorece no solo la economía particular, sino también la nacional. El crédito territorial moviliza los capitales. El capital tierra, merced a la hipoteca se dinamiza aumentando el volumen de los capitales circulantes.

La buena organización y la expansión del crédito territorial se hallará en función directa con la regulación que se dé a la hipoteca y a la seguridad de la propiedad inmueble, ya que a quien presta dinero con garantía hipotecaria se le debe procurar una gran seguridad en cuanto a su inversión, debe estar convencido de que el hipotecante es dueño del inmueble gravado y tener conocimiento pleno de todas las cargas, gravámenes y limitaciones que el mismo soporta. El registro de la propiedad, al publicar la verdadera situación jurídica de la finca, al asegurar y garantizar la propiedad de la misma y reflejar la real situación jurídica, es la base para el desarrollo del crédito territorial.

D) *La movilización de la propiedad inmobiliaria*

El registro también procura la circulación o movimiento de la propiedad territorial, al facilitar los trámites y requisitos que obstaculizan su transmisión. El sistema australiano o Acta de Torrens se constituyó en el siglo XIX, en el principal defensor de la movilización al considerar que los bienes inmuebles deben estar dotados de un régimen de transmisibilidad tan fácil y simple como el utilizado en materia de valores mobiliarios.

Así se crearon los títulos reales propios del sistema australiano como instrumento efectivo de la movilización de la tierra. De tal manera que la transferencia del título real trae consigo la transmisión de la propiedad inmueble. La

incorporación del derecho de propiedad al documento implica la movilización de los inmuebles.

Conviene llamar la atención acerca de los inconvenientes inherentes a la movilización excesiva de la propiedad inmueble, porque da lugar al endeudamiento creciente, predispone y fomenta la especulación sobre la tierra e imposibilita la solidez y estabilidad de las empresas y de las economías agrarias. En otros términos, es contraproducente un ordenamiento que tienda a equiparar la transmisión de tierras productivas, con la negociación de valores bursátiles, porque aquí, al contrario de lo que sucede con el crédito territorial, cuanto más se facilita y favorece la circulación del suelo, más perjuicios se ocasionan.

Sobre la movilización excesiva ROCA SASTRE anota: "La propiedad inmueble siempre constituirá una parte del suelo nacional; siempre será el asiento territorial de la familia; siempre habrá en ella un elemento de estabilidad, de tradición y de conservadurismo bien entendido; siempre en ella habrá de procurarse cierta permanencia, pues el cambio incesante perturba las condiciones de producción; siempre habrá de procurarse que ella se encuentre en manos aptas; siempre, en una palabra, habrá que ver en ella, especialmente tratándose de la propiedad rústica, el aspecto de propiedad-institución, más que el de propiedad simple elemento económico"[6].

Rechazar la movilización excesiva de la propiedad territorial no quiere decir rechazar la movilización del valor de la misma. La movilización del valor de la propiedad no es más que el crédito territorial en funcionamiento (a cuyo fomento y fortalecimiento tienden los ordenamientos modernos); consiste en convertir en factor del tráfico el valor en lugar de los inmuebles, o sea, en valorizar el capital representado por las fincas, haciendo que entre en consideración en el mercado, volviéndolo circulante.

E) *Fines secundarios*

El registro de la propiedad inmueble cumple también con otros fines instrumentales, entre otros, merecen especial mención los fines informativos y estadísticos acerca de la circulación de la riqueza raíz, y los fines fiscales y tributarios.

14. CLASIFICACIÓN DE LOS REGISTROS

Con base en las características de los distintos registros, la doctrina internacional ha ensayado una serie de clasificaciones, tanto de los registros en general, como del registro inmobiliario en particular. Una de las más completas es la intentada por GARCÍA CONI y FRONTINI[7], quienes hacen la salvedad de

[6] RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. III, pág. 791.

[7] FERNANDO FUEYO LANERI, *Teoría general de los registros*, Buenos Aires, Edit. Astrea, 1982, págs. 156 a 165; RAÚL R. GARCÍA CONI y ÁNGEL A. FRONTINI, *op. cit.*, págs. 87 a 112.

que entre unos y otros no hay diferencias absolutas, pues muchos de ellos abarcan distintos aspectos o son de configuración mixta. Los registros los clasifican:

A) *Según la materia registrable*

Los registros pueden ser de hechos o de derechos, y dentro de estos últimos los hay de documentos, de contratos y de títulos. Algunos son reservados, otros meramente publicitarios; algunos legitiman y otros convalidan, unos constituyen el derecho real y otros declaran su preexistencia. Ciertos registros parten de la causalidad y otros son abstractos; a veces comprenden los derechos reales en general o se circunscriben a los creditarios, o a los derechos intelectuales o industriales. Hay registros personales y reales, de transcripción, de incorporación y de inscripción propiamente dicha.

a) *Registros de hechos.* Estos registros consignan comprobaciones o acontecimientos, como el registro civil, que anota el nacimiento y la muerte de las personas; la condición de comerciante, el registro de testamentos. Como puede observarse, algunos de estos registros reciben documentos y los toman como hechos.

b) *Registros de derechos.* El más conocido es el registro a cargo de los notarios o protocolo.

c) *Registros de títulos.* Si el título, en su doble acepción (título causa y título instrumento), es reconocido como tal por el registro, y del documento resulta el cumplimiento del modo (*traditio*) como sucede en Argentina, el registro es declarativo. No obsta al concepto de registro declarativo la obligatoriedad de la inscripción, pues, salvo contadas excepciones, la rogatoria no es espontánea, sino forzosa, por cuanto la misión del registrador no se limita a la protección del solicitante, sino que tiene otros destinatarios.

d) *Registros de contratos.* Lo es el notarial y el registro público mercantil en cuanto a la inscripción de los estatutos sociales.

B) *Según su organización o procedimiento*

a) *Registros reservados.* Que los registros sean públicos en contraposición a los privados, no significa necesariamente que sean publicitarios. Algunos tienen publicidad restringida como el testamento cerrado, del que se sabe su existencia, pero no su contenido.

b) *Registros publicitarios.* Se clasifican en registros meramente publicitarios y de efectos registrales ultrapublicitarios. Los primeros solo dan publicidad o noticia y nada añaden a la mera información, el conocimiento de sus asientos es accesible a quienes invocan un interés legítimo. Los segundos proveen de publicidad, pero producen otros efectos, es el caso del registro de los derechos reales inmobiliarios.

c) *Registros legitimadores.* La legitimación tiene dos facetas, la legitimación propiamente dicha, o perfeccionadora, basada en la presunción *iuris tantum* que no convalida el título nulo, ni subsana los defectos de que adoleciere, según las leyes, y la legitimación convalidante, cuyo efecto es una presunción *iuris et de iure.*

d) *Registro personal.* En el sistema de registro personal, el elemento básico que se toma en consideración es el del sujeto o titular de los respectivos derechos; los asientos se realizan, por lo general, siguiendo simplemente un orden cronológico, y la búsqueda se efectúa por un sistema de índices llevados con los nombres de las partes en progresión alfabética. De tal forma que al conocer el nombre del presunto titular, puede saberse si el dominio o cualquier derecho real le pertenece con respecto a determinado inmueble. La sola descripción o ubicación del inmueble no permite acceder a su historia jurídica, si no es conocido el nombre del titular. Por lo tanto, son llevados mediante ordenamientos alfabéticos e independientes del acto, contrato, hecho o situación registrada. A este sistema solo interesa el nombre que afecta o beneficia la titularidad, según el caso.

e) *Registro real.* En los sistemas de registro reales, el elemento básico es la cosa objeto de derecho. Cada inmueble se encuentra matriculado con un número de orden y le corresponde una ficha, hoja o matrícula especial donde consta cuál es el estado de su dominio o sus gravámenes, y allí se consignan todas las mutaciones que puedan originarse en la titularidad de estos derechos. Así las cosas, al revisar la hoja o folio registral el interesado conoce la historia jurídica de la finca. Los asientos tienen como módulo o base a la finca, que es el objeto de mayor permanencia y que origina la técnica del folio real.

f) *Registro de transcripción.* El documento contentivo de los derechos inscribibles se transcribe íntegramente en los libros. Así funcionó el registro francés hasta 1921.

g) *Registro de incorporación.* Consiste en la incorporación o archivo sistematizado de un ejemplar del documento portador del derecho inscribible.

h) *Registro de inscripción.* Cuando se parte de un documento auténtico y rige el principio de matricidad, los registros no necesitan una versión integral del documento presentado, pues su texto ya figura *in extenso* en otro registro público (notarial), o en un expediente judicial, o en actuaciones administrativas, a donde se remita el asiento (fe pública notarial, judicial o administrativa, respectivamente).

C) *Según el papel que corresponde a la inscripción*

a) *Registros constitutivos.* Hacen relación a los registros de derechos, en contraposición a los registros de títulos. Todos los derechos que tienen acceso al registro generan obligaciones, de tal manera que antes de su inscripción son solo derechos personales, al inscribirse se transforman en derechos reales. En este sistema, la inscripción es un *modus adquirendi* sustitutivo o complementario de la *traditio.* El derecho real nace, se modifica y extingue mediante la inscripción del título que lo predica.

Una de las ventajas de los registros constitutivos es que al desconocer la realidad jurídica extrarregistral dentro del campo de los derechos reales, obligan a los otorgantes a que se sometan a la inscripción, porque mientras no presenten los documentos carecen de protección estatal.

Entre los inconvenientes del régimen constitutivo está el postergar hasta el último momento la metamorfosis entre el derecho personal y el real. También dificulta la concertación de negocios jurídicos simultáneos, puesto que el derecho real no nace *ab initio*, sino *ex post facto*, su inevitable escalonamiento impide las ventajas del tracto abreviado. Muchas legislaciones exigen el registro constitutivo para el derecho real de hipoteca y lo establecen declarativo para los demás derechos reales.

b) *Registros declarativos.* Los derechos reales nacen, se modifican y extinguen antes que el título contentivo de los mismos ingrese al registro. De tal forma que reconoce la preexistencia del derecho real, del cual toma nota para su oportuna publicidad y demás efectos señalados por la ley. Con el solo título o con el título y la tradición de la cosa ajenos al registro opera la transmisión inmobiliaria. En los registros declarativos los derechos reales son publicados, la inscripción cumple con el efecto legitimador y de oponibilidad a terceros.

Con el registro declarativo se facilitan las operaciones simultáneas, es decir, el tracto abreviado: al aceptar la realidad jurídica extrarregistral no se presentan demoras en el nacimiento del derecho real.

c) *Registros no convalidantes.* Son los sistemas que atribuyen a la publicidad registral simple fuerza negativa preclusiva (oponibilidad de lo inscrito). En ellos la adquisición y constitución del dominio y demás derechos reales tiene lugar con independencia del registro. Para evitar los perjuicios derivados de la clandestinidad de los gravámenes y las dobles enajenaciones, se establece que quien inscribe en el registro su título adquisitivo queda a salvo de reclamaciones que formulen quienes en fecha anterior o al mismo tiempo adquirieron el mismo derecho u otro incompatible con el inscrito y no procedieron a su registro o lo hicieron con posterioridad.

Este sistema ofrece dos variantes. En la primera, los actos registrales no inscritos no pueden hacerse valer contra nadie; en la segunda, no son oponibles contra quienes perjudiquen.

En los registros no convalidantes rige la legitimación perfeccionadora o de presunción *iuris tantum.* La inscripción tiene fuerza preclusiva. Los títulos no son buenos porque se los inscriba, sino que se les inscribe porque son buenos. La inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adolece según las leyes.

d) *Registros convalidantes.* Son aquellos en los cuales el asiento inscriptivo tiene la virtud de purgar los vicios del derecho registrado; estos pueden ser constitutivos o declarativos. La legitimidad basada en la apariencia jurídica, hace de la inscripción no ya un escudo protector como en el anterior sistema, sino un arma que agrede al adversario. Así, en el caso de los registros no convalidantes se habla de una eficacia defensiva de la inscripción y en los convalidantes de una eficacia ofensiva. Lo que figura en el asiento no admite prueba en contrario, porque se apoya en una presunción *iuris et de iure*.

No siempre la inscripción, por sí sola, produce efectos convalidantes; a veces deben concurrir otras condiciones, como la buena fe, la onerosidad del acto, y que el derecho que se transmite haya sido inscrito. En otros casos, la inscripción convalidante no está sujeta a condición, sino a plazo, mientras transcurre el término previsto, el derecho está purificándose hasta tanto se cumpla la prescripción tabular[8]. Los conceptos relacionados con los registros constitutivos y declarativos, serán ampliados al estudiar el principio de inscripción en el capítulo III.

D) *Otras clasificaciones*

Además de las clasificaciones anteriores, pueden mencionarse las siguientes: 1) En cuanto a la jerarquía de la cual depende la organización del registro: judicial, administrativa o privada. 2) En cuanto al sujeto encargado del registro. Puede ser un funcionario público, *stricto sensu*, que nombra, controla y remunera la administración; o una persona que ejerce funciones públicas con nombramiento o control del Estado, cuya remuneración propia y la de sus empleados más los gastos del servicio los obtiene del cobro de un arancel a los usuarios; o un sujeto de una organización privada —que puede perseguir o no fines de lucro— controlado y remunerado por dicha organización, la cual responde ante organismos del Estado por mandato de la ley. 3) En cuanto a la materialidad en donde se practica la inscripción. Registro con duplicado original o registro por partida doble o sin ellos. 4) Por último, la inscripción puede ser obligatoria o voluntaria, según se hubieren establecido o no sanciones a quienes no lleven al registro los actos inscribibles.

15. Tipología de los sistemas inmobiliarios

Entendemos por sistema inmobiliario registral el conjunto de normas que en un país determinado regulan las formas de publicidad de los derechos reales sobre bienes inmuebles mediante el registro de la propiedad, así como el régimen y organización de esa institución. Dicho en otros términos, es el conjunto de normas que regulan el registro de la propiedad, tanto desde el punto de vista sustantivo —valor de los asientos como forma de constitución o

[8] Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini, *op. cit.*, págs. 95-110.

publicidad de aquellos derechos—, como desde el punto de vista formal —organización y régimen del registro—[9].

Tradicionalmente a los sistemas de registro de la propiedad raíz se les ha conocido por el nombre del país que les dio origen. De acuerdo con el criterio geográfico, los sistemas registrales más conocidos son: el sistema francés; el sistema alemán, que influyó en el suizo y en el austríaco; el sistema australiano o Acta de Torrens, y el sistema español. Estos serán estudiados en los capítulos dedicados al derecho comparado. Por lo pronto, conviene indicar que no hay sistemas puros ni exclusivos, pues unos han influido sobre otros con reciprocidad.

16. Características del sistema inmobiliario registral moderno

A partir de la aparición de los Códigos Civiles de Alemania y Suiza, la ley hipotecaria española de 1861 y sus posteriores reformas, las leyes inmobiliarias inglesas de 1922 y 1925, la ley danesa de 1926, la Ordenanza de registro alemana de 1935, el Código Civil italiano de 1942, y los decretos franceses de 1955 y 1959, el registro de la propiedad inmueble se ha consolidado y hay la tendencia en las legislaciones modernas de cumplir con ciertos requisitos para situarse dentro del concepto de un registro técnico.

Existe la inclinación de atribuir a la inscripción efectos civiles más acentuados. Así las cosas, no basta que el registro se limite a publicar las titularidades ni a proteger al titular inscrito frente al que no inscribió, ni siquiera que en aras de la seguridad jurídica del tráfico inmobiliario mantenga en su adquisición a quien contrató confiado en los asientos registrales; es preciso, además, que aquel incida en los actos causales o títulos generadores de los derechos reales dotando de valor constitutivo a la inscripción.

Las características de un sistema registral técnico y moderno pueden sintetizarse así:

a) Adopción de la finca como unidad registral y del folio real como medio donde se llevan las inscripciones con una íntima relación y coordinación con el catastro.

b) Establecer la inscripción constitutiva en las adquisiciones por negocio jurídico *inter vivos*.

c) Rechazo de la figura alemana del negocio dispositivo abstracto desvinculado del elemento causal (título).

d) Fortalecimiento de los principios de legitimación y fe pública registral, destacando la figura del tercer adquirente de buena fe como destinatario de la protección.

[9] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, pág. 127.

e) Purificación de los registros de cargas y gravámenes realmente extinguidos mediante la intensificación de la caducidad de los asientos registrales.

f) Regulación del rango registral de acuerdo con el orden cronológico de los asientos de presentación.

g) Ampliación de la función calificadora del registrador.

h) Simplificación del procedimiento de inscripción.

i) Determinación de los derechos reales inscribibles con base en el régimen de *numerus clausus*.

j) Aumento de las actuaciones oficiosas del registrador.

k) Práctica de asientos registrales sencillos, claros y breves.

l) Utilización de sistemas computarizados de información de reconocido valor técnico, que garanticen la celeridad, eficiencia y seguridad de los folios reales, los asientos y antecedentes registrales y que faciliten su consulta por medio de redes con instituciones del sector (notarías, catastro, planeación, inmobiliarios).

m) Profesionalización del funcionario responsable del registro. El registrador moderno es un profesional del derecho con amplios conocimientos jurídicos en las disciplinas directamente relacionadas con su función. Accede por concurso u oposición, con ello garantiza idoneidad. La experiencia en el servicio y la capacitación permanente le permiten acceder a una carrera e ir ascendiendo dentro de un escalafón en la medida que resulten vacantes. Sus ingresos económicos le permiten vivir dignamente, su solvencia intelectual y moral asegurará la credibilidad y respeto de la comunidad a la cual sirve.

n) Las inexactitudes que ocasionen perjuicio a particulares y el posible pago de indemnizaciones, son cubiertas por el Estado o por un fondo común al que contribuyen todos los registradores cuando sus ingresos provienen de los particulares y/o por una fianza personal que obtienen de una compañía de seguros y que deben acreditar para ejercer el cargo y que los ampara por varios años una vez se retiren del servicio.

ñ) La colegiatura o asociación de registradores propugnará la unificación de criterios, la actualización y profundización de conocimientos, la selección de técnicas y tecnologías, la asesoría permanente a los registradores y al gobierno nacional, la redacción y cumplimiento de un código de ética profesional y la representación con las instituciones similares de otros países y en organismos multilaterales.

o) Las decisiones de los registradores están sometidas a ser revisadas por el mismo funcionario y por una dirección o jefatura de los registros, para garantizar los derechos y evitar que interpretaciones erróneas ocasionen perjuicios que sean irreparables o impliquen cuantiosas indemnizaciones (recursos de reposición y apelación), sin perjuicio de la coexistencia de acciones que

serán de competencia de la justicia ordinaria o contenciosa según el caso. La jurisprudencia registral o administrativa son además vitales para la unificación de criterios.

p) Respecto a los empleados y funcionarios vinculados al registro de la propiedad, dado el grado de especialización inherente a este servicio, las calidades morales y profesionales deben ser sometidas a un procedimiento de selección serio y técnico, capacitación permanente, salarios adecuados y suficientes que garanticen: 1) vivir dignamente; 2) el sentido de pertenencia con la institución, y 3) una moralidad administrativa a toda prueba.

Capítulo III

PRINCIPIOS INMOBILIARIOS REGISTRALES

17. Noción

Los principios inmobiliarios registrales o principios registrales son las reglas o ideas fundamentales que sirven de base al sistema inmobiliario registral de un país determinado. Son útiles como criterio ordenador y medio para facilitar el estudio y comprensión de esta disciplina[1]. Hacen parte de las reglas más generales de la legislación de un país, formuladas directamente u obtenidas por inducción de sus preceptos, que dan a conocer los lineamientos o "ideas fuerza" de un ordenamiento registral.

Los principios son normas jurídicas cuya formulación ha sido convencionalmente abreviada de manera que una sola palabra o expresión da a conocer determinada regulación. Los principios facilitan el trabajo del legislador, del intérprete y de quien debe aplicar la norma. En la génesis de una ley constituyen la espina dorsal, de tal forma que una vez acordados los principios por quienes tienen la función de redactarla, basta con complementar el texto legal[2].

Al estudiar la legislación inmobiliaria de un país debe determinarse los principios que orientan la función registral, de cuyo análisis se podrá concluir el grado de desarrollo, por cuanto estos no son universales; por ejemplo, la totalidad de los principios del sistema inmobiliario alemán no son compartidos por el sistema español, ni los de este coinciden con el francés, y así sucesivamente.

De ahí que la doctrina ha identificado una serie de sistemas registrales tipo como lo son el alemán, el francés, el australiano, el suizo y el español, que han sido imitados por legislaciones de otros países, bien sea mezclados, puros o adaptándolos a las particularidades propias de cada nación.

18. Enumeración y clasificación

No existe uniformidad doctrinal con respecto al número y clasificación de los principios, y ello es explicable por cuanto cada país tiene características

[1] José Luis Pérez Lasala, *Derecho inmobiliario y registral*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1965, pág. 103.

[2] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *Elementos de derecho civil*, III bis, Derecho inmobiliario y registral, Barcelona, Librería Bosch, 1984, págs. 48 y 49.

propias; por lo pronto, se tratará de enunciar el mayor número posible para brindar una visión general de los principios que pueden regir una legislación inmobiliaria registral.

Para llevar una idea al lector conviene citar a algunos autores. El austríaco Exner señalaba tan solo dos principios fundamentales: el de especialidad y el de publicidad, y presenta a este último desde una triple perspectiva: necesidad de la inscripción, comunicabilidad de los libros y credibilidad pública *fides*. Bierman en sus comentarios al Código Civil alemán indica como principios del derecho inmobiliario registral: la inscripción, el consentimiento y la publicidad, en sentido material. Planck estima como directrices esenciales los principios de publicidad, inscripción, consentimiento, especialidad y prioridad. El suizo Wieland enumera como principios los de inscripción, legitimidad, publicidad, autenticidad, disposición material de los libros, plano y medida, procedimiento y organización.

La doctrina alemana suele dividir los principios en materiales y formales. Aberneck distingue entre principios del procedimiento hipotecario: legalidad, consentimiento formal y rogación; y principios sustantivos: inscripción, consentimiento material, rango y publicidad. Fusch estima como sustantivos los principios de inscripción, consentimiento y publicidad, como adjetivos los de legalidad y publicidad, y como mixto el de especialidad. Nussbaum distingue como principios formales los de publicidad, instancia, consentimiento y tracto continuo, y como principios materiales los de inscripción, consentimiento, convalidación, prioridad, especialidad y fe pública. Wolff distingue el derecho inmobiliario formal y el derecho inmobiliario material. Dentro del primero analiza la organización de los registros, el principio de especialidad, el de rogación, el principio formal del consentimiento, el de tracto sucesivo y el de legalidad, aunque sin emplear para ellos la denominación de principios. En el derecho inmobiliario material analiza los mismos principios de Nussbaum.

La doctrina española tampoco es uniforme. Jerónimo González formula como principios los de inscripción, consentimiento, legalidad, publicidad (legitimación y *fides publica*), buena fe, especialidad, prelación, rogación y coactividad. Del Casso Romero señala que los principios comúnmente admitidos son los de inscripción, consentimiento, legitimación, publicidad o *fides publica*, especialidad, legalidad, tracto sucesivo, prioridad, imprescriptibilidad, buena fe y rogación.

Roca Sastre señala los principios de inscripción, publicidad, buena fe, consentimiento, especialidad, tracto sucesivo, legalidad, prioridad y rogación o instancia. Concluye que en términos rigurosos todos los enumerados pueden reducirse a los principios de inscripción, de presunción de exactitud registral —en sus dos aspectos, legitimación y fe pública registral—, de especialidad, de tracto sucesivo, de legalidad y de prioridad.

En Argentina, PÉREZ LASALA se ocupa de los principios de especialidad, rogación, prioridad, tracto, legalidad, legitimación y fe pública registral. LUIS MOISSET DE ESPANÉS y HORACIO VACCARELLI enumeran los principios de prioridad, inscripción, rogación, publicidad material y formal, legalidad, especialidad, tracto, legitimación y fe pública registral. GARCÍA CONI y FRONTINI los clasifican en principios que se refieren a los efectos de la inscripción, distinguiendo entre principios de inscripción, legitimación, inoponibilidad, fe pública registral, prioridad y publicidad; y los principios que se refieren a los requisitos de la inscripción: autenticidad, rogación, consentimiento, tracto sucesivo, legalidad y especialidad.

En Colombia, DANCUR BALDOVINO reconoce que en nuestra legislación son de recibo los principios de especialidad, rogación, prioridad o rango, legalidad, legitimación; tiene sus reservas en cuanto al tracto sucesivo, por admitirse la venta de cosa ajena y su registro. VALENCIA ZEA hace expresa referencia a los principios de legitimidad registral y fe pública del registro[3].

En los siguientes apartados se estudiarán brevemente los principios del derecho inmobiliario registral que gozan de mayor aceptación en el derecho comparado, ellos son: 1) principio de inscripción; 2) principio del consentimiento; 3) principio de prioridad; 4) principio de rogación; 5) principio de tracto sucesivo; 6) principio de especialidad; 7) principio de legalidad; 8) principio de legitimación, y 9) principio de fe pública.

19. PRINCIPIO DE INSCRIPCIÓN

La inscripción en el registro de la propiedad de las fincas y de los derechos reales sobre las mismas es la base para la aplicación de los preceptos inmobiliarios. Sin la inscripción de la finca en el registro no puede hablarse de registro inmobiliario, por eso este es un principio común a los sistemas registrales[4].

La intensidad como la forma registral es establecida en las legislaciones (inscripción voluntaria, forzosa, rogada, de oficio) y la eficacia que se le otor-

[3] En la enumeración y clasificación de los principios se consultó a ÁNGEL CRISTÓBAL MONTES, *op. cit.*, págs. 197 y ss.; JERÓNIMO GONZÁLEZ, *Estudios de derecho hipotecario y civil*, Ministerio de Justicia de España, Madrid, 1948, pág. 359; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 127 y ss.; RAÚL R. GARCÍA CONI y ÁNGEL A. FRONTINI, *op. cit.*, págs. 127 y ss.; JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA, *op. cit.*, págs. 103 y ss.; ARTHUR NUSSBAUM, *Tratado de derecho hipotecario alemán*, trad. W. Roces, Madrid, 1929, págs. 6 y ss.; MARTIN WOLFF, *Derecho de las cosas*, t. III-1, págs. 151 y ss.; LUIS MOISSET DE ESPANÉS y HORACIO VACCARELLI, *Sistema registral inmobiliario*, Argentina y Paraguay, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1994, págs. 37 y ss.; ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, págs. 230 y ss.; MIGUEL DANCUR BALDOVINO, *El registro de la propiedad inmobiliaria en Colombia*, Bogotá, Edit. Legis, 1986, págs. 15 y 16; ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, Bogotá, Edit. Temis, 1980, págs. 6 a 16.

[4] CELESTINO A. CANO TELLO, *Iniciación al estudio del derecho hipotecario*, Madrid, Edit. Civitas, 1982, págs. 95 y ss.

gue en relación con el nacimiento de los derechos reales (inscripción constitutiva, declarativa y convalidante), o con su efectividad y ejercicio, son los problemas que los autores suelen estudiar desde la perspectiva del principio de inscripción[5].

La inscripción es voluntaria cuando la ley deja a los interesados la posibilidad de inscribir o no sus derechos. Es forzada, obligatoria o necesaria, cuando la ley impone obligatoriamente la inscripción, so pena de una sanción. La inscripción es rogada cuando se produce a instancia de los interesados y de oficio cuando se produce por decisión del registrador.

A) *Valor jurídico de la inscripción*

Desde esta perspectiva, el principio de la inscripción hace relación al estudio del valor que la anotación tiene en relación con la constitución, publicidad y ejercicio de los derechos reales (aspecto positivo), y, a la inversa, el estudio de las repercusiones que la falta de inscripción tiene en esos mismos aspectos de constitución, publicidad y ejercicio de los derechos reales no inscritos (aspecto negativo).

B) *Inscripción constitutiva*

El valor de la inscripción no es igual en todos los sistemas inmobiliarios. La inscripción es constitutiva cuando produce el nacimiento, transmisión, modificación o extinción de los derechos reales inmobiliarios. El registro es la institución que le da vida a los derechos reales mediante formas esenciales para el nacimiento de los mismos. La inscripción asume el valor de factor, elemento o requisito indispensable para que el título traslativo o constitutivo produzca ese efecto. El asiento no sirve únicamente para exteriorizar la existencia de una transmisión o gravamen, sino que también concurre como un elemento esencial para que el fenómeno traslativo o constitutivo tenga lugar en la vida jurídica. Es decir, es requisito *sine qua non* para que se produzca el cambio en el derecho real.

Esta forma de inscripción es la propia de aquellos sistemas que, al exigir formas especiales para adquirir los derechos reales, niegan este valor a la tradición y lo centran en la forma registral de los mismos. El efecto típico de la inscripción constitutiva, además de la publicidad, en los mismos términos que los sistemas declarativos, es el de dar vida al derecho real. En este aspecto la inscripción cumple la misma función que en los ordenamientos legislativos basados en la teoría del título y el modo, en lo que corresponde a la tradición.

En el derecho comparado, la inscripción constitutiva tiene dos manifestaciones diferentes: a) la absoluta del sistema australiano y de las viejas legislaciones de Sajonia, Hamburgo y Lübeck, que independizan totalmente al

[5] ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. I, págs. 238 y ss.

derecho de su causa y conceden una sustantividad plena a la inscripción, con lo que encierran en ella toda la realidad jurídica posible, y b) la relativa, propia de los códigos alemán y suizo que le otorgan valor sustantivo, pero subordinando el efecto a otros elementos previos de carácter necesario, como es el acuerdo en el sistema alemán y el título en el sistema suizo.

La inscripción solo es constitutiva cuando la adquisición o gravamen se deriva del negocio jurídico *inter vivos*, es decir, aquellos que necesitan del complemento de la tradición. En los otros casos como en las adquisiciones por sucesiones hereditarias, accesión, ocupación o prescripción, la inscripción del título es declarativa. Las legislaciones que optan por la inscripción declarativa conceden por excepción el carácter constitutivo a la inscripción de la hipoteca y de algunos derechos reales que por definición no son poseídos por sus titulares; tal es el caso del derecho español[6].

C) *Inscripción declarativa*

Una inscripción es declarativa cuando no tiene más efecto que publicar una alteración jurídica inmobiliaria que se ha producido en la vida real antes de la inscripción; ella se limita a recoger los elementos jurídicos que dan vida al derecho real, sin añadir un valor especial por sí misma. El derecho real nace y existe fuera del registro, y las inscripciones que en él se practican se refieren a derechos reales ya existentes, razón por la que carece de toda eficacia para el nacimiento, existencia y validez del mismo. La inscripción asume el valor de simple medio exteriorizador o de publicidad de una transferencia o gravamen ya operado en la realidad jurídica, no hace más que declarar un cambio jurídico patrimonial que ha ocurrido fuera del registro.

Esta clase de inscripción es utilizada por los sistemas que conciben el registro como un simple organismo de publicidad, bien por no exigir ninguna forma externa para el nacimiento de los derechos reales, bien por exigirla, pero con carácter extrarregistral. Es también la propia de aquellos modos de adquirir que tienen por sí solos virtualidad suficiente para provocar directamente la modificación real, como ocurre con las adquisiciones derivadas de la ocupación, accesión, *mortis causa* y prescripción.

20. Principio del consentimiento

En Alemania, la transmisión del dominio o la constitución de un derecho real exige la convergencia del consentimiento del que transfiere y de quien adquiere, o, al menos, el consentimiento del primero, dirigido precisa y exclusivamente a tal fin, seguido de la inscripción en el registro. La doctrina distingue entre: a) el consentimiento material o sustantivo, constituido por el acuerdo conjunto de transferente y adquirente, dirigido a la modificación real, y b) el consentimiento formal, que es el consentimiento del titular inscrito, dirigido a la modificación de los asientos en el registro de la propiedad.

[6] *Idem, ibidem*, págs. 150 y ss.; Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 238 y ss.

El sistema alemán del consentimiento tiene su base en la separación entre el contrato obligacional o título y el negocio dispositivo. De tal manera que en el momento de la transmisión disminuye la importancia del título y se produce un desplazamiento de toda la fuerza traslativa al modo de adquirir. De esta forma se diferencia de la teoría del título y el modo, donde existe una cierta confusión entre los elementos obligacionales y reales de la transmisión, y del sistema consensualista francés, en el que esta confusión es absoluta. Veamos en detalle cada una de las etapas que se surten en la adquisición de derechos reales inmobiliarios en el derecho alemán:

A) *El negocio obligacional*

Es el contrato celebrado entre las partes dirigido a producir una modificación real, que genera en aquellas la obligación personal de celebrar el negocio dispositivo, de prestar el consentimiento para la transmisión o gravamen, pero carece en sí mismo de toda eficacia real. De él nace simplemente una obligación personal de transmitir —a cargo de una de las partes—, y una acción personal a favor de la otra para exigir la transmisión mediante el negocio dispositivo.

El contrato obligacional funciona como causa precedente del acto dispositivo, pero está totalmente excluido de la transmisión real. Por consiguiente, puede efectuarse la transmisión aunque el contrato no exista o sea nulo, y es indiferente que en el caso de existir y ser válido, sea anterior, simultáneo o posterior al negocio de disposición, aunque lo lógico es que sea anterior o simultáneo.

B) *El negocio dispositivo*

Es el negocio jurídico dirigido exclusivamente y de un modo inmediato a la modificación real que, sin crear obligaciones entre las partes, produce como efecto directo e inmediato dicha modificación. Se trata de un contrato real al modo de la *traditio* en su más pura concepción romana, integrado por dos elementos: el acuerdo de voluntades y la inscripción. A ello debe añadirse la justa causa (acto causal).

C) *El acto causal*

Causa del negocio dispositivo: es el fin inmediato y directo que los interesados se proponen obtener mediante la modificación real. El concepto es análogo al de la *justa causa traditionis*, y admite la misma variedad de causas que en el derecho romano (*causa solvendi, creandi, donandi*, etc.). La causa conserva una importante función: justifica y sirve de fundamento al negocio

dispositivo. En consecuencia, en caso de inexistencia, nulidad o ilicitud de la causa, el desplazamiento patrimonial es injusto, y el perjudicado podrá repetir por la vía del enriquecimiento ilícito, y exigir la restitución. El medio para exigirla es la *condictio*, acción personal que como tal no puede perjudicar a quienes hayan adquirido algún derecho real sobre la cosa con anterioridad a su ejercicio.

D) *Acuerdo de transferencia e inscripción*

Concebido el negocio dispositivo como abstracto, la causa queda eliminada de sus elementos constitutivos, reduciéndose estos a dos: el acuerdo de transferencia y la inscripción. Ambos elementos integran un negocio jurídico único y, en consecuencia, son indispensables para que la transmisión o modificación real se produzca. El mero acuerdo, sin la inscripción no produce la transmisión, como tampoco la produce esta sin aquel.

El acuerdo es el elemento consensual del negocio dispositivo, y consiste en el consentimiento del transferente y el adquirente, dirigido a producir la modificación real. Es análogo al *animus transferendi et adquirendi* de la *traditio romana*, y en él se centra en toda su energía el llamado principio del consentimiento. Por su carácter abstracto se excluye de él toda idea de finalidad, motivación o causa; por su carácter real también excluye toda idea de obligación; por su carácter contractual, le son aplicables las reglas generales sobre la capacidad, vicios del consentimiento, etc. La inscripción es el elemento formal del negocio dispositivo y sustituye la entrega material de la cosa[7].

Este principio es inaplicable e incompatible en legislaciones donde la adquisición de los derechos reales se fundamenta en la teoría del título y el modo. En efecto, el principio del consentimiento centra la energía traslativa en un negocio abstracto de disposición con fundamento en: a) una diferenciación formal o expresa entre el negocio obligacional (acto causal) y el negocio dispositivo (acuerdo de transferencia), y b) la regulación específica del negocio dispositivo como negocio abstracto, inicialmente desconectado de su causa jurídica y en el que se concentra la energía transmisiva que es complementada con la inscripción en el registro.

21. Principio de prioridad o rango

Según este principio el acto registrable que primero ingrese al registro se antepone, con preferencia excluyente o superioridad de rango, a cualquier acto registrable que, siendo incompatible o perjudicial no hubiere ingresado aún en el registro, aunque fuese de fecha anterior. Este principio gradúa la preferencia de los derechos según la máxima *prior in tempore, potior in iure* (el primero

[7] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. II, págs. 3 a 18.

en el tiempo es el más poderoso en el derecho). La prioridad surge en el momento de la presentación del título en el registro, de tal forma que el primero en ingresar tiene preferencia a cualquier otro posterior, así sea de fecha anterior.

La preferencia de los derechos reales anteriores sobre los posteriores en el tiempo, en su aspecto puramente civil, tiene su base en la regla *nemo dat quod non habet* (nadie puede dar lo que no tiene). Ahora bien, cuando se plantea entre derechos reales limitativos del dominio de posible coexistencia, constituye el llamado principio de prioridad, condensado en el aforismo *prior in tempore potior in iure*.

En derecho civil, la preferencia entre los derechos reales se determina siempre conforme a la fecha de su constitución. En el derecho inmobiliario registral, la prioridad se determina por la fecha de ingreso de los títulos en el registro, y es una consecuencia de la fe pública registral.

La función del registro en la determinación de la prioridad de los derechos reales se manifiesta en diversa forma, según el carácter de la inscripción. En los sistemas de inscripción constitutiva, la prioridad registral es la misma prioridad civil; de tal forma que el principio de prioridad sirve para determinar el momento del nacimiento del derecho real. Pero si la inscripción es declarativa, la prioridad civil puede ser distinta de la prioridad registral.

La prioridad en el derecho civil depende de la fecha de constitución de los derechos y es consecuencia de las reglas que rigen la transmisión de los mismos. En cambio, la prioridad registral se determina por la fecha de ingreso de los títulos en el registro. Si los títulos no inscritos no surten efectos en cuanto a terceros, es evidente que los derechos correspondientes no pueden ejercitarse en perjuicio del que se inscribió y quedan en rango posterior, aunque en el orden civil fueren preferentes por estar constituidos con anterioridad. De ahí la posibilidad de que la prioridad registral altere profundamente la civil, en el caso de que el orden cronológico de los títulos en el registro sea distinto del orden cronológico de constitución de los derechos cuando el registro es declarativo.

Hay legislaciones, como la española y la suiza, donde el principio de prioridad actúa con plena rigidez cronológica, de tal manera que el momento en que tiene lugar la entrada o ingreso del acto registrable en la oficina de registro y se consigna el asiento respectivo en el libro diario es decisivo como instante inicial a partir del cual se producen los efectos jurídicos, siempre y cuando conforme a la legislación se efectúe la inscripción en los libros correspondientes, por ser viable con base en el principio de legalidad.

En el derecho alemán opera el principio de prioridad, pero permite la alteración del rango, siempre y cuando exista un nuevo acuerdo real y la inscripción; sin embargo, quedan a salvo los derechos de terceros (C. C., art. 880). También

admite la reserva de rango, acto mediante el cual el titular reserva el primer lugar de un derecho que se constituirá en el futuro, de ello se toma nota en el registro.

La doctrina internacional al estudiar el principio de prioridad distingue entre la prioridad en su aspecto sustantivo o material y la prioridad formal.

A) *Prioridad sustancial o material*

Determina la preferencia o rango de los derechos reales al establecer que los primeramente inscritos adquieren rango superior sobre los que se inscriben después. Para esta decisión es determinante la fecha de ingreso, de tal manera que se presenta la preferencia excluyente o la superioridad de rango de los títulos que ingresan primero en el registro con respecto a los posteriores. La base fundamental del principio de prioridad se encuentra en el orden cronológico de presentación de los títulos inscribibles y no por la fecha de las inscripciones, y ni siquiera por la fecha de perfeccionamiento del título o por la fecha de adquisición del derecho, cuando el registro es declarativo.

Por ello es común que las legislaciones determinen que la fecha de inscripción para todos los efectos que esta deba producir, será la fecha del asiento de presentación. Así mismo, preceptúan que para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha de la misma finca, se tendrá en cuenta la hora de presentación en el registro de los títulos respectivos.

La determinación de la prioridad por la hora de presentación de los títulos no siempre es aplicable, ya que hay dos casos en los cuales requieren de reglamentación, ellos son: a) la presentación simultánea de dos títulos contradictorios referentes a una misma finca, y b) la presentación de un título en donde se constituyen dos o más derechos reales.

Conviene precisar que si los títulos no son contradictorios sino compatibles, bien por ser indiferente la prioridad entre ellos, bien porque su naturaleza presupone un orden determinado de inscripción, no existirá problema de ninguna clase. Por títulos contradictorios se entienden no solo aquellos que sean incompatibles entre sí, sino también aquellos que, aun siendo compatibles, sean de tal naturaleza que la inscripción preferente de uno viniera en perjuicio del otro, como en el caso de dos hipotecas.

Si se trata de dos títulos contradictorios, la prioridad puede determinarse por la voluntad de los interesados a cuyo favor se practican las inscripciones, manifestada en forma expresa al registrador o, en su defecto, por orden judicial. En todo caso, si no es posible determinar la preferencia en ninguna de estas formas, los títulos no serán inscribibles. Las reglas expresadas también son aplicables cuando en un título se constituyen dos o más derechos reales.

La prioridad material emerge como una fuerza excluyente o aniquiladora en favor de los actos registrables, referentes al dominio o derechos reales que por no ser susceptibles de concurrencia, se adelantaron respecto a otros en su ingreso en el registro; o bien atribuyendo mejor rango o prelación a los derechos reales compatibles entre sí en una misma finca.

B) *Prioridad formal*

En su aspecto formal el principio de prioridad se refiere a la forma de hacer constar el momento de la presentación de los títulos en el registro y al orden en que deben practicarse los asientos. El primer problema lo resuelven las legislaciones mediante el establecimiento de un libro especial destinado a tal fin, denominado diario o radicador de documentos o libro de presentaciones o registro de entrada.

Así, por ejemplo, en los sistemas suizo, francés, español y colombiano, el libro de presentación tiene, además de su misión puramente formal de hacer constar la entrada de títulos a registro, una importante función sustantiva, cual es la de regular la prioridad de los derechos. En Alemania, el registro de entradas está limitado al fin formal y es un libro auxiliar que sirve únicamente a la organización y buena marcha de la oficina, pero carece de todo efecto sustantivo, ya que la prioridad no se determina conforme con él, sino según el orden cronológico o de lugar de las inscripciones según el caso.

En el segundo aspecto, es decir, el orden en que deben practicarse los asientos, el principio de prioridad se manifiesta como una obligación o deber del registrador de practicar los asientos en el mismo orden en que han sido presentados los títulos. Este deber tiene importancia en el derecho alemán, pues de su cumplimiento depende que la prioridad, según el lugar, se ajuste en un orden cronológico.

A diferencia de la prioridad sustantiva, la prioridad formal o el modo de proceder en la práctica registral, este principio no establece la eficacia excluyente o prevalente en beneficio del derecho que acudió primeramente al registro, sino que al suponer este resultado sustantivo, se dirige al registrador imponiendo guardar en el despacho de los títulos presentados en el registro, el mismo orden cronológico que resulta de su presentación en el libro diario. Ahora bien, si se trata de títulos relativos al dominio o a derechos reales que no puedan coexistir, ordena al registrador que les cierre o impida su registro[8].

22. Principio de rogación

El principio de rogación o de instancia es de carácter formal. En virtud de este principio los asientos del registro se practican a solicitud de parte interesada o por mandato de autoridad judicial o administrativa. La actuación

[8] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 666 a 674; Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 45 a 54; José Luis Pérez Lasala, *op. cit.*, págs. 151 a 160.

del registrador es rogada, de tal manera que si tiene conocimiento de que en la realidad jurídica se ha producido un acto registrable, no podrá actuar de oficio. El carácter rogado es requisito para iniciar el procedimiento de registro, ya que una vez hecha la presentación los trámites ulteriores se efectúan de oficio.

El fundamento de la rogación está en el hecho de que el registro de la propiedad es una institución pública, pero puesta al servicio e interés inmediato de los particulares o de los entes públicos.

La petición de inscripción es una declaración de voluntad dirigida al registrador para que practique los asientos en el registro. En ella se exterioriza la voluntad de los particulares de acogerse al régimen, cuando la inscripción es rigurosamente voluntaria; o de dar plena efectividad a sus derechos, si la inscripción es necesaria; o de constituir de un modo perfecto sus derechos, si la inscripción es constitutiva.

La petición de inscripción no tiene por regla general carácter sustantivo. Va dirigida exclusivamente a poner en marcha el procedimiento registral. Por ello conviene precisar que la petición es diferente al consentimiento dirigido a producir una modificación real, pues este último tiene carácter sustantivo. Mientras que el consentimiento tiene por destinatario la otra parte interesada, la petición se dirige al registrador. El consentimiento de la inscripción de carácter sustantivo lo observamos en el derecho alemán, donde este se dirige a crear, transmitir, modificar o extinguir un derecho real.

Una vez presentada la solicitud o petición de la inscripción, el procedimiento que adelanta el registrador es automático en virtud del carácter de interés público de la institución del registro. El carácter privado de los derechos sujetos a inscripción y el carácter público del registro, se concilian y permiten así que este se ponga en marcha solo a petición de parte, pero presentada la petición pasan a primer plano las consideraciones de orden e interés público y el procedimiento sigue en los términos taxativos determinados en la ley, sin que sea dable al registrador alterar u omitir el trámite.

Si bien es cierto que hecha la solicitud los particulares no tienen mayor influencia salvo que consideren que la inscripción no es correcta, también se reconoce a los interesados cierta injerencia en el procedimiento registral, la cual se manifiesta principalmente en su derecho a retirar el título presentado, desistiendo de la inscripción solicitada. Esta situación es clara cuando la legislación establece que si en la calificación del título se observan defectos formales, el proceso de registro debe ser suspendido y concederse un término prudencial para que los interesados subsanen la irregularidad, vencido el cual, sin que se hubiere corregido el título se entiende que desisten de la inscripción.

Pero el desistimiento no se encuentra debidamente regulado en todas las legislaciones cuando los interesados se arrepienten por conveniencia o simple capricho. En estas circunstancias conviene tener en cuenta que si en los procesos judiciales es de recibo el desistimiento, no hay argumentos sólidos para oponerse a su aplicación en el registro de la propiedad, siempre y cuando la solicitud la hagan las personas que comparecieron al acto sujeto a registro.

La petición de inscripción se exterioriza con la presentación del título en la oficina de registro correspondiente junto con el cumplimiento de los requisitos exigidos; verbigracia, solicitud escrita o verbal, pago de impuestos, derechos, etc. En cuanto al sujeto de la rogación, es decir, quién puede pedir la inscripción, la ley hipotecaria española determina que son competentes el adquirente o el transmitente del derecho real o sus representantes, el que tenga interés en asegurar el derecho que se trate de inscribir, y las autoridades judiciales y administrativas.

En Alemania, la solicitud (*Antrag*) es el requerimiento formal para que se proceda a practicar la inscripción. Tienen derecho para solicitarla el perjudicado o el favorecido y los que tengan título ejecutivo contra una persona, lo que solo puede hacerse efectivo practicando la inscripción rectificadora en favor de ella. El consentimiento de la inscripción es la declaración del perjudicado por medio de la cual se autoriza a la oficina de registro para practicar una inscripción determinada. En caso de negación se puede ejercer acción judicial que ordene la inscripción, y en ese caso la sentencia suple la autorización. Excepcionalmente hay inscripciones de oficio cuando media el interés público[9].

23. Principio de tracto sucesivo

Es un principio de carácter formal, y su finalidad es ordenar los asientos para que reflejen los cambios sucesivos de la realidad jurídica. Este principio exige que los distintos titulares del dominio o del derecho real registrado aparezcan en el registro íntimamente enlazados, de tal manera que en la cadena titular se observe el eslabón entre causante y sucesor. Si el registro de la propiedad pretende asegurar la validez y eficacia de los derechos reales inscritos y recoger con exactitud el estado jurídico de los inmuebles, es indispensable la existencia de un medio adecuado para determinar que se ha cumplido el orden regular en las diversas transmisiones y gravámenes de las fincas.

Los sistemas de registro reales, es decir, los que adoptan el sistema de inscripción por fincas, han de procurar que el historial jurídico de cada finca inmatriculada sea completo, de tal forma que los sucesivos titulares del dominio o derecho real registrado se sigan los unos a los otros lógicamente eslabonados, de manera que el transferente de hoy sea el adquirente de ayer y el titular actual sea el transferente de mañana. Esto se obtiene mediante la aplicación del principio de tracto sucesivo, que tiene por objeto mantener el

[9] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 701 a 715; Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 80 a 90; José Luis Pérez Lasala, *op. cit.*, págs. 137 a 150.

orden regular de los titulares registrales sucesivos de manera que todos los actos dispositivos formen un encadenamiento perfecto, como si se derivaran los unos de los otros sin solución de continuidad, y así aparecen registrados.

El tracto sucesivo obedece a la finalidad de organizar los asientos de manera que expresen con toda exactitud la sucesión de derechos que recaen sobre una misma finca, determinando el enlace del titular de cada uno de ellos con su causante inmediato. Esta finalidad se cumple con dos condiciones:

a) Exige como requisito previo e inexcusable para inscribir un derecho a favor de una persona, que ese mismo derecho se halle previamente inscrito a favor del causante o del transferente. Dicho en otros términos, exige la previa inscripción a favor del titular del derecho que ha de ser perjudicado, modificado o afectado en alguna forma por los asientos que se han de practicar. Como puede observarse, no solo protege al titular inscrito contra los actos de personas extrañas, sino que también facilita al registrador la prueba de los derechos. Como la inscripción concede una fuerza legitimadora al derecho inscrito, solo el titular goza del poder de disposición, regla que debe tener en cuenta el registrador cuando llegue un acto que pretenda la transferencia, limitación o afectación de un derecho real sobre determinado inmueble.

b) Impone como norma para la práctica y extensión de los asientos la necesidad de que cada acto o contrato que se inscriba en el registro, se haga constar en un asiento separado y distinto sin agrupar varias transmisiones o actos en uno solo. En este aspecto el tracto sucesivo hace referencia al modo de llevar los registros y tiene como fin la claridad y fácil examen de los libros; es la expresión registral del tracto sucesivo. Algunas legislaciones permiten excepcionalmente el tracto abreviado o comprimido, con el fin de evitar gastos superfluos; consiste en que puedan incluirse dos o más actos inscribibles con un mismo asiento referentes a una misma finca.

En los países que han adoptado el sistema de inscripción declarativa y voluntaria es frecuente que los interesados no inscriban los títulos de adquisición de sus derechos, lo cual provoca una inexactitud registral y una interrupción del tracto sucesivo, al no reflejar el registro todas las transmisiones de que son objeto las fincas. Esta situación puede plantear agudos problemas cuando son varias las transmisiones o tractos no inscritos por la dificultad de obtener todos los títulos no inscritos y los elevados costos de su registro. La reanudación del tracto sucesivo interrumpido como uno de los medios de obtener la concordancia entre el registro y la realidad jurídica extrarregistral en la legislación española se obtiene mediante el expediente de dominio o el acta de notoriedad.

El expediente de dominio es un procedimiento judicial que tiene por objeto producir un título de inmatriculación, previa demostración de la adquisición del dominio por el solicitante. El acta de notoriedad es autorizada por notario hábil, previo cumplimiento de un procedimiento que incluye el requerimiento por la persona interesada, quien bajo la gravedad del juramento afirma y demuestra el hecho que trata de acreditar; además, debe presentar una certificación de la oficina de catastro referente al estado actual de la finca y son notificadas las personas que tienen algún derecho sobre la finca y los propietarios de predios colindantes. Practicadas las pruebas se extiende un acta notarial que debe ser homologada por un juez de primera instancia[10].

24. Principio de especialidad o determinación

Este principio emerge como una reacción contra las hipotecas generales y se fue extendiendo con el tiempo a los demás derechos reales. La especialidad es básica y rige ampliamente en los sistemas que configuran la finca como una unidad registral. Su objeto es la determinación exacta de los derechos reales inscribibles y la organización del registro sobre la unidad registral finca, por manera que a cada predio se le destine una hoja registral o folio real propio donde se relata su historia jurídica. De ahí que este principio se aplica en el sistema registral real, es decir, en aquel donde el registro se lleva por fincas.

El principio de especialidad ha evolucionado. Inicialmente se dirigió a evitar la clandestinidad de las hipotecas generales, respondió a la necesidad de que el derecho real de hipoteca apareciera exactamente determinado en cuanto a su objeto (finca gravada) y en cuanto a la cuantía del gravamen (valor de la obligación garantizada por cada una de las fincas hipotecadas). Con el tiempo el concepto se amplió hasta el punto de que doctrinalmente se habla del principio de especialidad sustantivo o material y el formal o adjetivo.

Desde el punto de vista sustantivo comprende la determinación exacta de los derechos reales inscribibles en la totalidad de sus aspectos, como complemento necesario de los principios de carácter sustantivo. Desde esta perspectiva el principio de especialidad comprende:

a) En cuanto al sujeto: la determinación exacta del titular, que exige los datos necesarios para asegurar su identidad. En caso de ser varios titulares, se determina exactamente la cuota de cada uno.

b) En cuanto al objeto: la determinación exacta de la finca sobre la cual recae el derecho real, en términos que permitan identificarla e individualizarla con precisión de tal manera que lo reflejado en el registro coincida con la realidad física. Como consecuencia han de fijarse la naturaleza de la finca, la situación, delimitación, características, elementos físicos y partes integrantes.

c) En cuanto al derecho mismo: la determinación clara y precisa de los derechos inscribibles y los datos que permitan precisar el alcance de los mismos,

[10] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 717 a 735; Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 91 a 145; José Luis Pérez Lasala, *op. cit.*, págs. 160 a 166; Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 197 a 206.

como son: naturaleza, extensión, modalidades, condiciones suspensivas, resolutorias, valor, duración, etc.

Desde el punto de vista formal o adjetivo el principio de especialidad hace referencia a la expresión registral de los derechos y contempla los siguientes aspectos:

a) La organización del registro sobre una base adecuada para determinar con exactitud el lugar de las inscripciones, el estado jurídico de las fincas y la sucesión de los derechos que recaigan sobre una misma finca.

b) La uniformidad y precisión de la forma de los asientos de modo que expresen con absoluta claridad los derechos inscritos en todos sus aspectos.

Como puede apreciarse, el principio de especialidad y determinación se traslada a todos los elementos de la relación registral: el sujeto, la finca, el derecho, de tal forma que la inscripción pueda publicar con toda exactitud el titular de cada derecho, la finca sobre la cual recae, el contenido del derecho y la proporción en que al titular le corresponde.

El principio de especialidad exige que el registro tenga por base de su organización un elemento adecuado para determinar con exactitud el lugar de las inscripciones, el estado jurídico de las fincas y la sucesión de los derechos reales que recaigan sobre una misma finca. Esta base de la organización del registro ha de encontrarse en alguno de los elementos del derecho real, y de esta forma se ha podido organizar en las legislaciones sobre alguna de las bases siguientes:

a) El sujeto del derecho real, sistema personal en que el registro se lleva con base en los titulares de los derechos, practicado por los países que siguen los lineamientos del sistema francés.

b) El título presentado. El registro se organiza con base en los documentos; este sistema fue utilizado en las antiguas contadurías de hipotecas de España y en los países iberoamericanos antes de la expedición de la primera ley hipotecaria.

c) La finca objeto de los derechos reales, sistema real aceptado por los países germánicos, en el que la finca se inscribe en el folio real que se abre para tal efecto, por lo que corresponde a cada finca una hoja o folio. Se considera como el medio más técnico de organización del registro, puesto que la finca ofrece permanencia y estabilidad y en él es aplicable el principio de especialidad.

La inmatriculación es el ingreso por primera vez de una finca en el registro de la propiedad y requiere que se inicie con el derecho real de dominio; existen distintos medios para realizarla, tales como el título originario del Estado, los títulos públicos de adquisición, el expediente de dominio, etc.[11].

[11] ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 207 a 210.

25. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Este principio enseña que solo son inscribibles los títulos válidos y que reúnen los requisitos exigidos por las leyes para su registro. La calificación y examen de los títulos dirigido a depurar la titulación presentada es el medio idóneo y con ello se logra que solo tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos, siempre y cuando no se presenten obstáculos derivados del registro. Si el título no es válido o existen circunstancias en los asientos que impiden la inscripción es de recibo el rechazo.

La calificación es el examen que hace el registrador de los títulos presentados en el registro de la propiedad para comprobar si reúnen todos los requisitos exigidos por las leyes para su validez y registrabilidad y, en consecuencia, decidir si son inscribibles o no. La calificación es una etapa necesaria en el procedimiento registral, posterior al ingreso del documento y anterior a la extensión del asiento.

Como medio para hacer efectivo el principio de legalidad, el registrador ejerce una función de calificación respecto al documento cuya inscripción se solicita. La calificación es el examen que corresponde hacer al funcionario registral, idóneo para tal finalidad, en virtud del cual queda determinado, en cada caso, si el título presentado reúne las condiciones exigidas por las leyes para ser inscrito y surtir así todos los efectos. Si de la revisión se colige que faltan algunos de los requisitos o elementos para formalizar la inscripción, será devuelto para que, si es posible, se corrija o se superen las causales que impiden el registro.

La calificación es un derecho y un deber, porque solo el registrador o el funcionario que haga sus veces puede calificar los títulos para determinar si son susceptibles de inscripción, y un deber porque necesariamente antes de practicar el asiento es preciso que compruebe si el título presentado reúne los requisitos legales.

La mayor o menor importancia concedida a los efectos de la inscripción en los distintos sistemas registrales trae consigo el mayor o menor rigor de los requisitos exigidos para la admisión de los títulos en el registro. En Francia, la inscripción no produce efectos respecto a la validez del título inscrito y del derecho real, ello explica que el acceso al registro sea relativamente fácil.

En Alemania y Suiza, la inscripción produce efectos constitutivos. En España tiene efectos convalidantes y por ello otorga plena eficacia a los derechos inscritos con base en la aplicación del principio de fe pública registral. En dichos países el legislador es más celoso y exigente en la calificación de los títulos y para que puedan acceder al registro debe tenerse la certeza de que son válidos y cumplen los requisitos exigidos en las leyes.

Si una legislación consagra los principios de legitimación y fe pública registral, exige como requisito previo el principio de legalidad, por cuanto la

magnitud de los efectos predicados por aquellos requiere de títulos válidos, perfectos e inscribibles. El principio de legalidad tiene por finalidad evitar que ingresen al registro documentos nulos o insuficientes que no justifiquen conferirles los especiales efectos publicitarios. En virtud de la finalidad última del registro de la propiedad, cual es la de brindar seguridad jurídica al comercio inmobiliario, debe lograrse la mayor concordancia entre la realidad registral y la extrarregistral.

De no existir la función calificadora, se formarían cadenas de inscripciones fraudulentas, amparadas por el Estado, y los asientos del registro solo servirían para engañar al público, al favorecer el tráfico ilícito y provocar un sinfín de conflictos.

Naturaleza jurídica. Con respecto a la naturaleza jurídica de la facultad calificadora hay tres corrientes: a) función judicial; b) jurisdicción voluntaria, y c) actividad administrativa.

a) *Función judicial.* Parte de la doctrina española, entre otros GALLARDO RUEDA, ROMATI CALDERÓN, LA RICA, SÁNCHEZ-CAÑETE y tratadistas de otros países cuyas legislaciones siguen los lineamientos de la ley hipotecaria, sostienen que la calificación tiene una evidente relación con la actividad judicial. De tal forma que negar esta realidad conduce a un absurdo, que consiste en que la resolución del registrador tenga vigor y eficacia solo en la esfera administrativa, lo que constituye, al sentir de los defensores de esta teoría, una doble contradicción: primero, porque el fallo de aquel funcionario afecta derechos civiles sustraídos de la órbita meramente administrativa, y, segundo, porque contra la calificación del registrador procede el recurso ante los tribunales, cuyos pronunciamientos son judiciales.

Otro argumento que aducen los simpatizantes de esta concepción se orienta a precisar que la decisión derivada de la calificación registral no es un acto administrativo, sino jurisdiccional, por no afectar a la administración en su actividad de orden privado como representante del Estado. Tampoco es un acto de derecho público, que recoge una declaración de voluntad frente a los administrados, pues ni se aplica al derecho público ni la administración queda vinculada por la decisión registral.

Por el contrario, según esta teoría la calificación, como todo acto jurisdiccional, decide sobre la validez o invalidez del acto o negocio jurídico analizado, en virtud de las pruebas documentales aportadas y de las normas jurídicas aplicables de derecho privado u otras de derecho público que tienen naturaleza privada.

Son características de la calificación como acto jurisdiccional las siguientes: obligatoriedad, ejercicio con responsabilidad del registrador, independencia, limitación a su propio contenido, efecto de cosa juzgada.

Varias críticas merece el asociar la calificación a la función judicial. En primer lugar, nada hay en la actividad registral que se asemeje a la función jurisdiccional, y menos si se observan las decisiones en asuntos contenciosos. En el procedimiento registral no existen dos partes antagónicas, ni un funcionario que dirime el litigio. Tampoco el registrador integra la estructura del poder judicial; en los países donde ello ocurre, se trata de una ubicación funcional.

En segundo lugar, la función jurisdiccional se realiza mediante un proceso, mientras que la función registral se desenvuelve por medio de un mero procedimiento compuesto de una serie de actos mediante los cuales ejerce su actividad un órgano público. Tal función no tiene por objeto el examen de pretensiones, ya que no se pide nada frente a la otra parte.

En tercer lugar, el examen relativo a la adecuación de la solicitud al derecho positivo es común a todas las funciones administrativas donde existe un procedimiento a instancias del particular, en el que el funcionario administrativo examina de oficio si la solicitud está de acuerdo con lo dispuesto en la norma.

b) *Jurisdicción voluntaria.* Defendida entre otros por los españoles JERÓNIMO GONZÁLEZ, RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, quienes explican cómo el registrador de la propiedad es un funcionario de la jurisdicción voluntaria, a quien corresponde la aplicación del derecho. Actúa generalmente a instancias de parte, por motivos de interés privado, y solo excepcionalmente de oficio, por razones cualificadas y tasadas de orden o interés público.

Son actos de jurisdicción voluntaria por servir principalmente al desarrollo normal de las relaciones jurídicas y para legitimar situaciones inmobiliarias, cualesquiera que sean las naturales repercusiones de los asientos practicados en el juicio contradictorio que sobre las mismas pudiera entablarse. Los actos que la configuran son tipos especiales de procesos, caracterizados por la falta de contradicción, pero cualificados por la necesidad de una pretensión inicial y una resolución final. Responden a la necesidad de declarar o constituir derechos, prevenir cautelarmente otros litigios, constituir estados jurídicos o proteger personas o patrimonios necesitados de tutela jurídica.

Para ROCA SASTRE, existe una función de tutela pacífica, por no implicar contención entre partes interesadas sobre derechos subjetivos de índole civil o privado, que, según sea la organización de los poderes públicos, está compartida entre la administración de justicia y la administración del Estado, pero cuya función es sustancialmente idéntica. A esta función de particular protección estatal de tales derechos privados no se le ha encontrado todavía una denominación específica y reveladora de su esencia. Ante ello la denominación que más cuadra a la total materia del principio de legalidad, que abarca desde la función calificadora del registrador hasta el mismo recurso gubernativo correspondiente, es la que se viene calificando de jurisdicción voluntaria y que se emplea a falta de otra mejor.

Según ROCA SASTRE, las características especiales de la función calificadora como especie del género jurisdicción voluntaria son: 1) estar encomendada a un funcionario administrativo; 2) contar con un procedimiento especial; 3) que su objeto no consiste en declarar la existencia o inexistencia de un derecho dudoso o controvertido entre partes contendientes, sino simplemente publicar, mediante su inscripción, un derecho real o situación jurídica inmobiliaria; 4) estar limitada a los efectos de practicar la inscripción o rechazarla; 5) que el estudio verse sobre materias de carácter civil o privado, y 6) que no impida el análisis del documento ante la justicia para debatir su validez o nulidad.

Como notas comunes a todo acto de jurisdicción voluntaria, la calificación exhibiría: a) los efectos comunes o *erga omnes*; b) la obligatoriedad, que es común incluso a la jurisdicción contenciosa, y c) el carácter patriarcal del registrador en el ejercicio de sus funciones.

Quienes consideran la actividad calificadora como jurisdicción voluntaria son criticados por cuanto esta categorización, de acuerdo con la moderna concepción doctrinaria procesal, no existe. La jurisdicción propiamente dicha es una sola: la contenciosa. Lo que en realidad hay en los llamados actos de jurisdicción voluntaria, son actos de sustancia administrativa que deberían ser cumplidos por el poder administrador, y cuyo móvil es dar seguridad a ciertas relaciones jurídicas.

c) *Función administrativa*. La función calificadora es de carácter administrativo, sin perjuicio de ciertas especiales particularidades que la diferencian de los actos ordinarios de la administración. La función registral integra la organización administrativa por los siguientes motivos: a) está asignada a un funcionario de la administración; b) cuenta con un procedimiento administrativo; c) no constituye una función de juzgamiento, ni de decisión sobre la sustancia de las relaciones jurídicas, por el contrario, concede fijeza publicitaria a las existentes; d) es una función de comprobación y cotejo extrínsecos a los efectos de practicar un asiento, y e) no es definitiva, pues eventualmente puede revisarse en sede judicial.

Esta concepción de la función calificadora está acorde con el registro de la propiedad de países como Argentina, Venezuela, Perú, Costa Rica, Colombia, etc.; sin desconocer que dadas las características del registrador español, este se encuentra más acorde con la jurisdicción voluntaria.

Además de las teorías descritas se ha intentado una posición ecléctica; en efecto, hay autores que ven en la función calificadora una naturaleza *sui generis*, en la medida que consideran que esta función participa de algunas de las características de cada una de las teorías inventadas sin que pueda enmarcarse completamente en alguna de ellas[12].

[12] EDGARDO O. SCOTTI, *Derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Eudeba, 1980, págs. 27 a 48; ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, t. II, págs. 146 a 151; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *op. cit.*, t. II, págs. 247 y ss.; JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA, *op. cit.*, págs. 167 a 178.

26. SISTEMAS DE CALIFICACIÓN

En el derecho comparado se observan diferencias en cuanto al ámbito o extensión de la función calificadora; así, por ejemplo, en los sistemas donde la nulidad del título inscrito no puede perjudicar a un tercero adquirente de buena fe con base en los principios de legitimación y fe pública registral, la función calificadora del registrador tiene mayor amplitud en aras de evitar que los títulos nulos sean registrados. En cambio, en los sistemas que solo ofrecen la publicidad formal, en los que la nulidad del título inscrito afecta los derechos de terceros, la calificación se orienta a la revisión de las formalidades extrínsecas del documento.

JOSÉ MARÍA CHICO y ORTIZ clasificaron los sistemas registrales, desde el punto de vista de su extensión, en sistemas sin principio calificador —cita como ejemplo a Francia, donde el registrador nunca juzga la validez de los títulos ni la existencia de los derechos— y los sistemas con función calificadora. EDGARDO O. SCOTTI, luego de citar a CHICO y ORTIZ, actualiza la clasificación en los siguientes términos[13]:

A) *Sistemas de calificación mínima*

El examen o calificación es limitado, por ejemplo se analiza la propia competencia del registrador, los tipos de documentos inscribibles, el cumplimiento de reducidos requisitos formales; tal es el caso de Francia.

B) *Sistemas con función calificadora*

Son variados y a su vez se subdividen en:

1. Sistemas que conceden al registrador una facultad amplísima, minuciosa y exhaustiva: en el sistema australiano, no solo en la fase de inmatriculación, sino también en los actos posteriores, donde la calificación registral tiene como elementos auxiliares a juristas y topógrafos. En el sistema suizo, donde la calificación alcanza al aspecto causal del acto, y en el derecho inglés, donde el registrador general resuelve con gran amplitud toda clase de cuestiones relacionadas con la propiedad inmueble. El sistema español, que se extiende a la capacidad de los otorgantes y validez de los actos dispositivos.

2. El sistema que limita la calificación al acto dispositivo y excluye el causal. En Alemania la calificación comprende el negocio dispositivo, la capacidad e identidad de los otorgantes, la legitimación del representante y la naturaleza del derecho inscribible.

3. Los que centran la esencia de la función en descubrir la validez o nulidad del acto generador del derecho que se inscribe, así como otros puntos

[13] EDGARDO O. SCOTTI, *op. cit.*, págs. 30 a 33.

referidos a las formas, circunstancias, etc. Incluye los sistemas de Portugal, Panamá, Ecuador, Brasil, Chile y Uruguay.

4. Sistemas que circunscriben la calificación registral al examen de las formalidades extrínsecas del documento y a la capacidad de los otorgantes. Países como México, El Salvador, Honduras, Bolivia.

5. Sistemas limitativos de la calificación a los elementos formales. En este grado se encuentran Colombia, Argentina y Guatemala.

Capítulo IV

LEGITIMACIÓN Y FE PÚBLICA REGISTRAL

27. Importancia

Los principios de legitimación y fe pública registral constituyen las dos manifestaciones del superior principio de presunción de exactitud del registro. Los sistemas registrales de desenvolvimiento técnico en aras de alcanzar un nivel alto de verosimilitud, han establecido como medio para dar perfecta visibilidad al estado jurídico de los fundos, el sistema de folio real, en el que a cada inmueble corresponde una hoja donde se lleva su historial jurídico.

Además, a fin de tener cierta garantía de eficacia en cada transmisión y constitución, condiciona la inscripción a la circunstancia de que esta proceda de su respectivo titular; por ello impone el principio de tracto sucesivo, que solo autoriza la nueva inscripción si el transferente es el titular inscrito y se halla en situación de poder transferir. Así mismo, para tener la máxima seguridad posible de validez del título que se pretende inscribir, ordena su calificación previa por el registrador, quien comprueba si reúne los requisitos legales.

La razón de existencia del registro de la propiedad es dotar de forma pública y solemne a los derechos reales sobre bienes inmuebles; a su vez, la forma registral produce importantes efectos propios y específicos que, al ser independientes del derecho real, actúan sobre él, crean unas veces derechos reales perfectos donde solo existen meras apariencias o dejan sin efecto derechos reales existentes, que se sacrifican en beneficio de aquellos.

Las garantías exigidas para obtener la inscripción llevan a las legislaciones a otorgarle una enérgica protección y a considerarla como cierta, más o menos intensamente, aun en el supuesto de que pueda ser una mera apariencia formal carente de contenido real. Este efecto de la inscripción lo consideran algunos autores como un principio único y lo denominan principio de publicidad o de exactitud del registro. Otros tratadistas lo diversifican en dos principios considerados como básicos y necesarios en una organización técnica adecuada del registro de la propiedad: el principio de legitimación y el principio de fe pública registral.

El llamado principio de publicidad se descompone en dos: el aspecto material y el aspecto formal. El primero se refiere a los efectos de la inscripción, que, a su vez, se divide en dos principios, uno, de legitimación, que afirma en

beneficio del titular inscrito la exactitud del registro, salvo prueba en contrario; y el otro, el de fe pública en favor del adquirente de buena fe. La publicidad formal se orienta a dar a conocer a los interesados y a la comunidad en general lo predicado por los asientos registrales[1].

28. Incongruencia entre el registro y la realidad

Los requisitos exigidos para que un título acceda al registro (titulación auténtica, calificación registral) dan cierto margen de seguridad en cuanto a que los asientos coincidan con la realidad de la vida jurídica; pero puede ocurrir que a pesar de todas las garantías el derecho inscrito sea nulo o inexistente, o, en los supuestos de inscripción declarativa, que no se hayan registrado todas las modificaciones de los derechos reales producidas válidamente. O en los sistemas de inscripción voluntaria, donde existen fincas que nunca han sido inmatriculadas. Por lo expresado, no siempre hay coincidencia entre lo reflejado por el registro y la realidad extrarregistral.

Cuando entre el mundo registral y el real existe concordancia y coincidencia, no hay problema, pero si hay diferencias o falta de armonía entre el contenido de los asientos y la realidad jurídica extrarregistral, surge la inquietud de determinar cuál de las situaciones prevalecen, si la del registro inexacto o la de la realidad jurídica.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, los derechos reales inmobiliarios pueden desarrollar su vida, en relación con el registro, en una de las siguientes formas:

1. *Secundum tabulas*. Cuando hay coincidencia, concordancia o exactitud del registro o la apariencia registral con la realidad de la vida jurídica, de tal forma que los derechos reales inscritos existen tal y como los proclama el registro, y no existen más derechos que los inscritos. Esta situación no ofrece problema alguno.

2. *Contra tabulas*. Cuando hay discordancia e inexactitud en el registro, de tal forma que la realidad jurídica no aparece fielmente recogida por la apariencia registral, ya sea por nulidad o extinción de los derechos inscritos, ya sea por existencia de derechos no inscritos o cancelados. Esta situación será comentada posteriormente a fin de establecer si prevalece el registro o la realidad jurídica.

3. *Extra tabulas*. Es una situación totalmente ajena al registro, que se da respecto de las fincas que nunca han sido inmatriculadas y, por lo tanto, no han sido objeto de inscripción.

[1] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, págs. 51 y 52.

En el segundo caso, inexactitud en el registro, existen tres posiciones para determinar qué prevalece entre el registro y la realidad jurídica:

1. *Predominio de la realidad jurídica*. Considera que el registro simplemente constata o publica los derechos reales inmobiliarios o actos jurídicos relativos a los mismos, los cuales, a pesar de su inscripción continúan con el mismo valor o eficacia que tienen en la realidad jurídica. Por ello, en caso de discordancia prevalece la realidad jurídica, y se prescinde de la situación jurídica aparente reflejada por los asientos. Bajo esta perspectiva, el registro se reduce a un órgano sin valor, de carácter informativo, un simple fichero inútil que desvirtúa la razón de ser de esta institución.

2. *Predominio del registro*. Mantiene en todo caso el contenido del registro en contra de la realidad jurídica. Los asientos constituyen por sí mismos el fundamento jurídico de los derechos reales inmobiliarios. La inscripción por sí sola provoca la constitución o extinción de los derechos inscritos; independiente de la validez o eficacia de los actos registrados, se atribuye a la inscripción la virtud de operar la modificación jurídica consiguiente, aunque el negocio jurídico registrado sea inválido. De modo que quien consigue inscribir en su favor un derecho real por medio de una falsificación del título, deviene por obra y gracia del registro en la titularidad de dicho derecho. Así las cosas, el registro contiene la única verdad alegable, tanto frente a las partes como frente a terceros, que concurren de buena o de mala fe; por lo tanto, la inscripción sanea o purga todo vicio o defecto de que pudiera adolecer el título presentado.

Este sistema se funda en el principio de la fuerza probante o eficacia jurídica formal del registro, adoptado por las legislaciones de Hamburgo, Lübeck y Sajonia antes que rigiera el Código Civil alemán; en la actualidad se aplica en los lugares donde rige el sistema australiano o Acta de Torrens. Estas legislaciones consideraban como realidad jurídica única la que proclamaba el registro, por lo que daban un valor sustantivo absoluto a la forma o apariencia registral y tenían a la realidad exterior como una mera situación de hecho sin trascendencia jurídica, que debe rectificarse para adecuarla con lo establecido en el registro.

3. *Sistema intermedio*. Participa de los dos anteriores. Este sistema no pretende que en todo caso la apariencia registral se imponga a la realidad jurídica, ni viceversa. Alemania y Suiza, con base en la seguridad jurídica, solo en forma temporal hacen prevalecer el contenido del registro, de modo que cuando se demuestra que este es inexacto, predomina la realidad jurídica. Pero esto únicamente cuando no se trata de proteger a un tercer adquirente que confiado en el registro ha contratado, ya que, en este caso, las necesidades de asegurar el tráfico inmobiliario y de proteger la confianza en la apariencia, hacen que se imponga el registro sobre la seguridad jurídica[2].

[2] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 289 a 291; Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 217 a 222.

29. PRINCIPIO DE LEGITIMACIÓN

Si en el registro consta el contrato mediante el cual Pedro vende el inmueble a María, la gran probabilidad de que María sea la propietaria autoriza a presumirla como tal, de modo que al ser publicitado por el registro es la propietaria, salvo prueba en contrario. Según este principio, los asientos registrales gozan de una presunción de veracidad que se mantiene hasta tanto no se demuestre la discordancia entre lo reflejado por el registro y la realidad. *Prima facie*, de momento, lo expresado en los asientos registrales tiene un valor prevalente frente a la realidad jurídica discordante, mientras no se demuestre una inexactitud registral en la forma adecuada.

La inscripción como apariencia genera, por sí misma, un poder al titular registral. A ese poder se le llama legitimación registral. Los bienes inmuebles tienen dos sistemas de protección de la apariencia: el que resulta de la posesión material de la cosa (legitimación posesoria) y el que resulta de la inscripción registral (legitimación registral).

La presunción de verdad del registro es *iuris tantum*, como consecuencia de lo cual la inscripción legitima las situaciones jurídicas, en cuanto añade a la propia fuerza y eficacia de los derechos reales la que les da por sí el registro con su presunción legitimadora, presunción que es legal y, por lo tanto, admite prueba en contrario.

En este orden de ideas, mediante el principio de legitimación el contenido de la inscripción se presume cierto y produce todos sus efectos, mientras no se rectifique o se declare judicialmente su invalidez. En la presunción de exactitud se presenta un doble aspecto: en sentido positivo, se presume, por medio de esta disposición, que el derecho o titularidad del registro existe y que pertenece a dicho titular, por lo cual este podrá ejercerla sin ninguna clase de impedimento legal. En sentido negativo, la falta de inscripción implica que no hay contenido al cual referirse y que en términos de derecho registral, el hecho o acto no inscrito no existe; en igual sentido, se presume que los derechos que constan en asientos cancelados no existen y están extinguidos.

La prueba en contrario exige la rectificación respecto a errores materiales o el pronunciamiento judicial por medio de sentencia que decrete nulos, ineficaces, rescindidos o resueltos los actos jurídicos que contienen derechos o titularidades admitidas por el registro. Rectificaciones y sentencias que deben ser inscritas para que produzcan sus efectos legales[3].

30. ALCANCES Y EFECTOS

La fuerza de la presunción de exactitud del registro, propia del principio de legitimación, solo opera respecto de la existencia, así como de la titularidad y extensión de los derechos reales inmobiliarios inscritos, o en relación con la inexistencia cuando su inscripción hubiere sido cancelada. Por lo tanto, no se extiende a las circunstancias de hecho, ni a las relativas al estado civil, ni a los derechos de carácter personal.

La presunción de exactitud del contenido del registro tiene el alcance de una presunción *iuris tantum*, es decir, supeditada a la demostración de que dicho contenido no concuerde con la realidad jurídica. La demostración o prueba en contrario debe dirigirse a enervar o destruir dicha presunción, lo que se consigue probando que no existe el derecho real inscrito, o que el verdadero titular es distinto al que publica el registro o que la extensión es diferente de la registrada, o que existe el derecho a pesar de la cancelación del asiento.

La prueba en contrario puede producirse, con ocasión de rectificar el registro, modificando el contenido de la inscripción en los libros respectivos o por decisión judicial y entre otras, por alguna de las siguientes causas: a) nulidad, falsedad o error del asiento; b) nulidad, falsedad, o defecto del título; c) falta de congruencia entre la inscripción y el título; d) existencia de títulos posteriores que modifiquen la inscripción (en aquellos sistemas donde el registro es declarativo), y e) extinción del derecho inscrito.

La presunción de exactitud tiene efectos sustantivos y procesales, activos y pasivos. Desde el punto de vista sustantivo, sitúa al derecho presunto en una situación jurídica privilegiada que permite hacer efectivas todas las consecuencias de derecho material inherentes a la situación jurídica presumida. En el ámbito procesal impone al juez como cierta la relación jurídica presunta, exime al favorecido con la presunción de la necesidad de probar el derecho e impone a quien se oponga a él la carga de la prueba de los hechos que destruyen la base en que se apoya la presunción.

La legitimación activa desarrolla su eficacia en beneficio y provecho de su titular, a quien permite usar de su derecho aparente como si realmente existiere. La persona que se oponga al ejercicio del derecho sufrirá la carga de la prueba de la inexactitud registral. La legitimación pasiva actúa en perjuicio del titular inscrito, permitiendo a toda persona que pueda ejercitar alguna acción contra el dueño de una finca dirigirse contra aquel. El titular podrá oponerse alegando la inexactitud del registro a su favor, pero entonces corresponderá a él la carga de la prueba de la inexactitud.

31. CONSECUENCIAS SUSTANTIVAS Y PROCESALES

La presunción legitimadora crea en el orden sustantivo una situación jurídica análoga al derecho mismo. El titular registral es tratado como propietario del derecho inscrito, en todos los órdenes y manifestaciones jurídicas, mientras el derecho subsista. En consecuencia, está legitimado para el tráfico jurídico, ya que el registro le proporciona como una especie de credencial de

[3] ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 302 a 305; RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *op. cit.*, págs. 232 y 233.

o reflejados en el registro, los cuales deben considerarse como inexistentes en cuanto puedan perjudicar o afectar al tercer adquirente que contrata confiado en los libros registrales, aunque existan en la realidad jurídica. Es una presunción negativa de veracidad.

Desde el punto de vista de la permanencia de los derechos inscritos, la fe pública opera en dos sentidos:

1) La inscripción subsiste mientras no se cancele, pues ante el tercero el derecho inscrito existe, aunque esté extinguido en la realidad jurídica. Así, por ejemplo, si el crédito hipotecario se ha extinguido por el pago, pero no se ha practicado la cancelación, es adquirido como subsistente por el tercero de buena fe.

2) La inscripción se extingue mediante la cancelación, de modo que, ante el tercero, un derecho cancelado no existe aunque el mismo subsista en la realidad jurídica. Así, cuando se adquiere una finca anteriormente gravada con hipoteca que se canceló indebidamente, esta no puede revivir en perjuicio del adquirente[6].

33. Justificación de la protección registral

Toda enajenación exige además de la validez intrínseca del acto mismo, la preexistencia de la facultad de disponer del enajenante, sin la cual, en principio, la transmisión o gravamen son ineficaces aunque el acto sea válido. Un ejemplo ilustra lo expresado: Pedro vende una finca que no le pertenece, la venta como tal es válida, pues hay consentimiento, objeto, causa; pero no puede transferir la propiedad, porque Pedro no es propietario de la finca y, por ende, no puede transmitirla.

Conviene presentar dos ejemplos que ilustran las situaciones que tienen su solución en el principio de fe pública registral: a) Secundus vende su finca a Primus, y posteriormente (cuando ya no es propietario por ser una negociación celebrada en países donde la inscripción es declarativa y el dominio se adquiere por fuera del registro) vuelve a venderla a Tertius, quien se adelanta a inscribir su adquisición; b) Primus vende su finca a Secundus, pero la compraventa es anulable, resoluble, etc., y Secundus vende, a su vez, a Tertius, quien inscribe su adquisición antes que se inscriba la demanda de nulidad, resolución, etc.

En ambos casos el principio de fe pública protege a Tertius, cuyo derecho una vez registrado es inatacable, siempre y cuando se cumplan los requisitos que explicaremos en su oportunidad. Tertius es el titular protegido por el registro; es designado indistintamente segundo adquirente, subadquirente, o tercero[7].

[6] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 349 y 350.

[7] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, pág. 162.

34. Características de la fe pública registral

a) La fe pública solo es aplicable a las adquisiciones derivativas. Este principio en la modalidad germánica no existe en los sistemas registrales inmobiliarios que parten de una adquisición originaria sin enlace con el titular anterior, como sucede en el sistema australiano.

b) Solo es aplicable a las adquisiciones derivativas en las que entra en juego la idea del tráfico. Por ello los sistemas germánicos solo lo aplican a las adquisiciones derivadas del negocio jurídico *inter vivos*. Es explicable en la medida que el principio tiene por finalidad asegurar el comercio jurídico inmobiliario.

c) La adquisición derivativa ha de realizarse de acuerdo con las normas que regulan el registro y el acto que la contiene debe ser inscrito.

d) El acto dispositivo celebrado por un titular aparente o formal tiene el mismo valor que el efectuado por el titular real. En ambos casos, si el contrato está afectado por un vicio o defecto intrínseco, la fe pública no lo purifica, ya que solo subsana la preexistencia del derecho del transferente, más no el contrato celebrado por el tercer adquirente que solo será protegido si su título es válido y celebrado conforme a la ley.

e) La seguridad otorgada al adquirente se extiende a todo aquello que pueda limitar el derecho del transferente, ya por vicios o defectos en su título de adquisición, ya por tener su derecho limitado en virtud de títulos dispositivos no inscritos. Consecuencia de ello es que tiene un doble sentido: el de validez y eficacia de los títulos inscritos y el de no existencia de ninguna limitación del derecho del transferente.

f) La fe pública es entendida desde dos puntos de vista: positivo y negativo. En sentido positivo, la fe pública registral equivale a la afirmación de que el registro es exacto, en relación con los derechos inscritos en beneficio del tercer adquirente. En sentido negativo, equivale a la afirmación de que el registro es íntegro y completo, esto es, que agota la realidad jurídica, pues le niega existencia respecto del tercer adquirente a todo aquello que en el registro no consta o figura como extinguido o cancelado.

g) La protección de la fe pública es absoluta, no se admite contra ella alegación ni prueba de ninguna clase. Es la presunción *iuris et de iure* o ficción jurídica, en virtud de la cual el legislador presume, sin posibilidad de prueba en contrario, exacto o íntegro el contenido del registro en beneficio del adquirente[8].

35. Ámbito de excepciones

El ámbito o alcance del principio de fe pública registral se determina con base en las siguientes consideraciones:

[8] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 371 a 373.

1. La fuerza o energía de la fe pública registral opera en lo relativo a la existencia, titularidad y extensión de los derechos reales inscritos, y a la inexistencia de los derechos reales cancelados; pero no se extiende a los datos registrales de mero hecho, ni a los referentes al estado civil de las personas, ni a los derechos personales o de crédito.

La fe pública del registro solo hace referencia a aspectos de índole estrictamente jurídica, propia del mundo tabular, relativa al dominio y demás derechos reales inmobiliarios registrados, y abarca su existencia, titularidad, extensión y contenido. Quedan por fuera de la presunción de derecho el aspecto físico del derecho real (existencia, descripción y características físicas de la finca), los datos registrales concernientes al elemento personal (estado civil, capacidad), con excepción de su pertenencia o titularidad; también quedan excluidos los datos relativos a derechos personales o de crédito.

2. La fe pública registral no defiende al tercer adquirente de las limitaciones legales o estatutarias de la propiedad inscrita, ni de las servidumbres aparentes que pesen sobre ella, aunque no figuren registradas. Pero sí es aplicable respecto a las limitaciones de carácter voluntario establecidas por convenio o acto administrativo.

Las limitaciones de la propiedad pueden ser institucionales, legales o voluntarias. Las primeras se derivan de la propia esencia o naturaleza de la propiedad, como las provenientes de la teoría del abuso del derecho, las relaciones de vecindad; las legales son establecidas por la ley; por ejemplo, la expropiación forzosa, las servidumbres legales, las prohibiciones legales de disponer, etc. Estas delimitaciones son simples restricciones de la propiedad que por derivarse naturalmente de ella o ser establecidas en la ley, tienen una publicidad que supera la que proporciona el registro, de tal manera que hace superflua la inscripción. Así, por ejemplo, las servidumbres aparentes son ostensiblemente apreciables por los sentidos y por ello afectan a terceros adquirentes aunque no estén inscritas en la finca gravada objeto de adquisición.

3. El principio de fe pública actúa en relación con la hoja o folio registral de la finca correspondiente. Pero en el caso de doble inmatriculación, los efectos de la fe pública de cada folio pueden quedar inoperantes.

El tercer adquirente solo tendrá en cuenta el contenido del folio real abierto a la finca, donde encuentra toda la historia jurídica con base en la cual efectúa la adquisición; de lo contrario sería obligar al tercero a consultar todo el registro, lo cual es inadmisible. En el caso de figurar inmatriculadas dos o más veces una misma finca, el principio de fe pública se pone a prueba cuando los titulares en las dos o más hojas registrales abiertas reúnen todos la condición de terceros protegidos y falta acuerdo entre ellos acerca del mejor derecho. Esta situación puede superar la esfera del derecho registral; compete al derecho civil y presupone la necesidad de una declaración judicial.

4. La fe pública registral solamente despliega sus efectos protectores respecto de las adquisiciones inmobiliarias, por consiguiente, no ampara a los acreedores del titular inscrito ni a los que cumplen una prestación a favor de este.

5. La protección de la fe pública registral solo actúa en beneficio del tercer adquirente que hubiere adquirido a título oneroso y con buena fe de aquel que según el registro aparezca con facultades para transmitir, siempre y cuando haya sido inscrita dicha adquisición.

6. La fe pública únicamente asegura la adquisición del tercero protegido en cuanto la misma se apoye en el contenido jurídico del registro, ya que para dicho tercero este contenido se reputa exacto y verdadero; pero la fe pública no consolida en lo demás el acto adquisitivo del tercero, en el sentido de convalidarlo al suprimir, evitar o sanear los vicios de nulidad de que adoleciere el acto que le dio la titularidad.

7. La protección del principio de fe pública actúa independientemente de si el tercer adquirente consultó los asientos del registro o del conocimiento efectivo de su contenido, sus efectos se producen como si tal consulta y conocimiento hubiere tenido lugar[9].

36. Doble venta y fe pública registral

En la doble venta las leyes registrales que consagran el principio de fe pública atribuyen la propiedad al segundo comprador que inscribe primero, como sanción al propietario negligente; pero cada sistema tiene sus particularidades:

a) En el sistema de transcripción, para dar preferencia al segundo comprador, en principio basta que este inscriba su adquisición, sin otro requisito. La información que suministra el registro al adquirente es negativa, lo entera de que su transmitente no ha vendido ni gravado su finca (si lo hubiere hecho debería estar el correspondiente asiento); publicidad que hace referencia a la inexistencia de un acto anterior de enajenación, de tal forma que para el adquirente que inscribe, los actos anteriores no registrados son como si no existieran.

b) Los sistemas alemán y suizo parten del supuesto de que el adquirente conoció la titularidad del transmitente en los libros del registro al observar la preexistencia de una inscripción en favor de este. No se protege entonces al segundo comprador por haber inscrito su derecho, impidiendo el registro al primero, sino porque confió en lo reflejado en el registro, que manifestaba la propiedad de su antecesor. En este caso, hay una información positiva del registro

[9] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 355 a 372.

referida a la existencia de una titularidad: la del transmitente. El registro dice que es dueño o legitimado para disponer, y el adquirente confía en esta manifestación. Los registros alemán y suizo garantizan quién es el propietario de la finca y cuál es la situación jurídica de la misma, y el adquirente puede contratar confiado en el registro.

c) En el derecho español, la regla inicial de la protección del tercero se estructuró con base en el sistema de inoponibilidad, donde se protegía al segundo comprador que inscribía frente al primero que descuidaba esta formalidad. La adquisición de este primer contratante, pese a ser válida y eficaz en su momento, no era oponible a quien celebraba su contrato más tarde, pero lo llevaba antes a registro.

Posteriormente se optó por el sistema de protección a la apariencia, en virtud de que los autores del proyecto de ley hipotecaria pretendieron llegar a proporcionar al titular inscrito una protección total. Para tal efecto formularon adicionalmente diversas normas destinadas a tutelar al nuevo dueño tabular frente a aquellos vicios, defectos o limitaciones que afectasen la titularidad de su antecesor y transferente y que no venían publicados en el folio ni tampoco eran conocidos. Así las cosas, el adquirente que contrata en vista de los datos y titularidades que el registro manifiesta, queda protegido conforme a la apariencia creada por el asiento anterior, y, por tanto, libre de las acciones de cualquier titular inscrito que no resultasen de las propias inscripciones[10].

El legislador español optó por consagrar los dos sistemas, el de inoponibilidad y el de protección de la apariencia; esta situación trae consigo que en la ley hipotecaria se observe una serie de artículos orientados a reforzar el principio de fe pública, algunos de los cuales dan la impresión de que sobran o repiten parcialmente el contenido de otros. La idea inicial de dejar a salvo al segundo comprador que inscribe, se complementa paulatinamente con la de proteger al que adquiere por título oneroso fiado en la apariencia creada por un asiento registral anterior, tutela que se propone, en definitiva, como algo excepcional en un precepto cuya letra tiene alcance restringido.

La protección al comprador diligente que inscribe y la que se presta a quien confía en el registro no contempla supuestos distintos, sino que en los casos más frecuentes se superponen. Si Pedro, titular registral de la finca, la vende a Juan, y más tarde vuelve a venderla a María, que lleva su escritura al registro antes que Juan; la adquisición del segundo comprador es tutelada, a la vez, por el sistema de inoponibilidad (el primer adquirente, Juan, no puede oponerle su contrato anterior) y por el sistema de la apariencia (por cuanto María compró fiada en la titularidad registrada de su vendedor).

Pero hay casos en los cuales la protección de inoponibilidad no es suficiente, y es necesario invocar el sistema de apariencia; verbigracia, si el derecho del transferente se resuelve o anula. Por ejemplo, Secundus recibe la finca de Primus, solo aparentemente mediante contrato simulado, que inscribe. Luego, Secundus vende la finca (que no es suya, pero que el registro manifiesta ser suya) a Tertius. Si la única norma de protección es el sistema de inoponibilidad, Tertius, aún inscribiendo no estaría protegido por el registro porque la inoponibilidad solo otorga su tutela frente al titular no inscrito, y la propiedad de Primus figura inscrita en el registro. Pero si el tercer adquirente está protegido por los preceptos que hacen valer la apariencia registral, obtiene preferencia frente a la realidad jurídica[11].

[10] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, pág. 162.

37. Requisitos de la fe pública registral

Para que proceda la protección ofrecida por el principio de la fe pública registral es necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Que se trate de un tercero registral; b) Que adquiera mediante negocio jurídico válido; c) Que la adquisición la obtenga de quien en el registro se encuentre legitimado para transferir; d) Que el tercero actúe de buena fe; e) Que la adquisición sea a título oneroso; f) Que el tercero inscriba el título de su adquisición.

A) *Concepto de tercero*

Tercero es el titular inscrito protegido por el principio de la fe pública registral. Desde el punto de vista del derecho civil, los contratos solo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; son terceros aquellos que no son parte: que no se vinculan en el contrato. Tampoco es parte en el contrato quien sin haber concurrido a él, ha heredado de quien lo celebró y, al aceptar la herencia, ha sucedido tanto en los derechos como en las obligaciones al causante. Parte, en sentido contractual, es únicamente aquella que otorga, celebra o concierta un contrato, y, por exclusión, todo aquel en quien no concurra esa condición o la de ser heredero de alguno de los sujetos del contrato, tiene respecto de la parte la calidad de tercero.

El tercero protegido por el registro o tercero registral es quien ha adquirido unos bienes o derechos que reclama otro sujeto con el cual él no ha contratado. El protegido por el registro es por definición un adquirente de la propiedad o de un derecho real limitado, ajeno al fundamento o pérdida del derecho del transmitente, es decir, no es parte en el acto que pretende oponérsele. El tercero, para serlo, no puede ser parte en la enajenación anterior o en el contrato nulo o resoluble; para que haya tercero debe existir un nuevo contrato en el que este interviene sin haber sido parte en el anterior.

El tercero que interesa al registro es el que no siendo parte en un acto o contrato constitutivo de un derecho real o traslativo del dominio, ha adquirido

[11] *Idem, Ibidem*, pag. 167.

tuito *inter vivos* o *mortis causa*, porque el adquirente debe tener la misma protección que su causante o transferente.

No debe afirmarse de modo absoluto que los adquirentes a título gratuito están excluidos de la protección registral, sino más bien que su protección no deriva de su propia inscripción, y sí de la de su causante: están protegidos igual que si no hubieran inscrito. Así, por una parte deben sufrir las acciones que por otras personas se hubieren podido ejercitar contra su causante, y por otra, podrán defenderse con éxito de las acciones que no hubieran podido ejercitarse contra él.

La onerosidad es un requisito de la adquisición del tercero, pero no de los anteriores. Por tanto, quien compra a un donatario, está a salvo de cualquier causa de resolución, excepto de aquellas de las que no se encuentra a salvo el tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos, es decir, de las siguientes[14]: 1. Las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el registro. 2. La revocación de donaciones en el caso de que no cumpla el donatario con las condiciones inscritas en el registro. 3. Las del retracto legal, en los casos y en los términos que las leyes establecen. 4. Las acciones rescisorias de enajenación hechas en fraude de los acreedores, que perjudican a terceros: a) cuando hubiese adquirido por título gratuito, b) cuando hubiere adquirido a título oneroso, pero en complicidad con el fraude.

E) *La inscripción del título del tercero*

La inscripción del adquirente es el presupuesto evidente de la adquisición registral, ya que la protección solo se concede al titular inscrito. Frente al no inscrito vale cualquier título. El tercer adquirente únicamente será mantenido en su adquisición una vez haya inscrito su derecho, es decir, una vez se convierta en titular registral.

38. El tercero registral y la usucapión

La usucapión es un fenómeno extrarregistral. En España, por ejemplo, la inscripción presupone la posesión y su continuidad y es título para la usucapión ordinaria, pero no sustituye en ningún caso la posesión ni funda una usucapión tabular. La prescripción no es tabular y requiere siempre posesión efectiva. Como se indicó oportunamente, los principios de legitimación y fe pública registral no alcanzan a la realidad de hecho, y, en consecuencia, el titular registral no puede usucapir con base en la inscripción registral.

La usucapión consumada es un supuesto de inexactitud sobrevenida del registro. El titular registral pierde la propiedad cuando un poseedor a título de dueño cumple con el tiempo y demás requisitos para prescribir. En estas condiciones, si el titular registral enajena su derecho a título oneroso a un tercero de buena fe que inscribe, el tercero registral adquiere plenamente por efecto de la publicidad registral. Sin embargo, el poseedor debe ser protegido cuando ha consumado la adquisición de su propiedad.

En España, para que el tercero registral pueda prevalecer frente al poseedor usucapiente, el artículo 36 de la ley hipotecaria exige que demuestre no haber conocido ni podido conocer la posesión contraria, y que la interrumpa dentro del año siguiente a su adquisición. Es excepcional que el tercer adquirente prevalezca contra el adquirente por usucapión[15].

[14] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, págs. 190 y 191.

[15] José Antonio Álvarez Caperochipi, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, Edit. Civitas, 1986, págs. 141 y 142.

Capítulo V

SISTEMA REGISTRAL FRANCÉS

39. Sistemas inmobiliarios registrales

A partir de este capítulo estudiaremos el derecho inmobiliario registral comparado. En la medida que esta rama especializada se ha desarrollado y adquirido identidad propia, la doctrina internacional con base en las características y particularidades de la legislación registral de cada país, identifica varios sistemas de registro tipo, considerados como tales cuando una vez consolidados, los imitan o adoptan otros Estados, adecuándolos a su tradición jurídica y realidad socioeconómica.

Desde esta perspectiva, la doctrina ha señalado como sistemas registrales tipo: el francés, el alemán, el español, el australiano, el suizo y el italiano. Los tres primeros se estudiarán con cierto detalle, los demás serán objeto de breve reseña. En virtud del desarrollo doctrinal del sistema registral argentino se incluyen sus principales características.

40. Adquisición de los derechos reales

Las normas aplicables al registro de la propiedad se encuentran básicamente en el Código Civil de Napoleón de 1804, la ley de transcripciones de 23 de marzo de 1855, los decretos de enero y octubre de 1955, las ordenanzas de 1959, 1967, los decretos de 1959, 1960, 1966, 1967, 1970, 1971, 1973 y la ley de 26 de diciembre de 1969[1].

A) *Código Civil de 1804*

El Código Civil de Napoleón de 1804, no fue muy acertado en la regulación de la adquisición de los derechos reales inmobiliarios, situación que trajo consigo que el sistema inmobiliario haya sido considerado, a pesar de las mejoras pretendidas por normas posteriores, como el que menor grado de segu-ridad jurídica confiere al comercio inmobiliario. La transmisión de los derechos reales se realiza por el simple consentimiento, de tal manera que una alteración de la realidad jurídica tiene lugar al margen del registro.

[1] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, pág. 58.

En esa época, el sistema de adquisición de los derechos reales era consensual y no estaba sujeto a ninguna formalidad, ya que las mutaciones inmobiliarias se producían sin necesidad de un acto material ni registral. La sola fuerza del consentimiento transmite la propiedad entre las partes y frente a terceros. Así las cosas, el solo contrato de compraventa transfiere la propiedad; vender es enajenar. El negocio obligacional y el dispositivo se acumulan en la compraventa. El único consentimiento basta para obligar y transmitir si el comprador y el vendedor están de acuerdo; en dicho momento, el vendedor se obliga a transferir la propiedad, acto seguido, separado por un instante de razón —por un segundo lógico, como dicen los franceses—, el solo consentimiento transmite la propiedad.

La adquisición de los derechos reales en Francia además de ser consensual no requería por regla general de formalidad alguna, ya que el Código no hace ninguna exigencia, hasta el punto de que la compraventa se perfecciona oralmente —salvo los problemas inherentes a la prueba—, por documento privado, es decir, no requiere de notario público. No sucede lo mismo con la donación de inmuebles y la constitución de hipotecas. Lo expresado trae consigo que el sistema francés estimulaba la clandestinidad, los derechos se creaban, modificaban y extinguían en el anonimato sin que el público pudiera enterarse.

La adquisición consensual fue modificada por la ley de 23 de marzo de 1855, y la ausencia de formalidades por el decreto de 1955. La publicidad de las hipotecas fue consagrada con antelación al Código Civil, puesto que la ley 9ª, Mesidor del año III, estableció dicha publicidad; luego fue regulada por los artículos 834 y 835 del Código de Procedimiento Civil. Pero la publicidad de las hipotecas no era eficaz si faltaba la publicidad de las transferencias, pues al acreedor hipotecario no solo le interesa saber si el inmueble está gravado con otras hipotecas, sino también el conocer si el deudor es el verdadero dueño de la cosa que da en garantía.

B) *Ley de 1855*

Por ello se dicta la ley de 23 de marzo de 1855 que ordenó la transcripción de los derechos inmobiliarios, incluso de los no susceptibles de hipoteca como las servidumbres, el uso y la habitación, y de ciertos derechos personales como el arrendamiento a largo plazo. La sanción por falta de transcripción era la inoponibilidad del acto respecto de terceros, pero solo de aquellos que hubieren contratado con el vendedor y a la vez publicado el derecho real sobre el inmueble.

Pero la ley de 1855 tuvo varios vacíos: no previó la publicación de las transmisiones por causa de muerte, testamentarias y *ab intestato*, ni de los actos administrativos, tampoco la de los actos declarativos como las particiones; con ello era inaplicable el principio de tracto sucesivo.

C) *Leyes de 1924 y 1935*

Hasta la ley de 24 de julio de 1924 el asiento era una copia literal del título. Actualmente la transcripción se da por el depósito simultáneo de dos copias o de dos extractos literales del acto o resolución de que se trata. La transcripción tiene un valor declarativo. La ley contiene un catálogo completo de actos inscribibles y la inscripción es obligatoria, so pena de sanciones económicas.

La ley de 30 de octubre de 1935, extendió el ámbito de las transcripciones a las transmisiones por causa de muerte, a los actos declarativos y a las sentencias que se refieren a derechos reales sobre inmuebles. Por otra parte, en estas disposiciones se organizó la publicidad por el sistema "personal", sobre la base de los apellidos de las personas, en lugar de hacerlo con base en los inmuebles. Como se recordará, en el sistema personal el elemento básico es el sujeto titular de los derechos. En Francia se cometieron errores frecuentes al consignar el nombre de los titulares, además el régimen de información era incompleto[2].

D) *Decreto de 1955*

El decreto de 4 de enero de 1955, establece el principio de tracto sucesivo al prohibir la publicación de un acto, si la transmisión precedente no ha sido a su vez publicada. Deja de lado el término "transcripción" y lo sustituye por el de "publicación" de los actos. En los derechos susceptibles de publicación incluye todos los derechos reales inmobiliarios, sean o no susceptibles de hipoteca, y ciertos derechos personales, como los arrendamientos por más de doce años y los recibos o cesiones de alquileres rurales por una suma equivalente a tres anualidades no vencidas.

Acceden a la publicidad algunos derechos eventuales como la promesa unilateral de venta, la compraventa sometida a condición suspensiva o resolutoria; así mismo los actos y sentencias que produzcan la resolución, la revocación o la nulidad de un acto y las demandas que aleguen esas pretensiones.

El registro no es facultativo, sino obligatorio. La falta de inscripción implica la inoponibilidad del acto, además de las siguientes sanciones: a) multa administrativa; b) la obligación de reparar el perjuicio causado por la falta de publicidad, y c) la inadmisibilidad de las demandas judiciales sometidas a publicación. La obligación de registrar no es solo de las partes, sino también de los notarios, procuradores, ujieres y autoridades administrativas. La obligatoriedad de la inscripción tiene como excepción el registro de la hipoteca, que es facultativo; empero, su omisión se sanciona con la inoponibilidad.

La deficiencia de la legislación francesa al ignorar las formalidades propias de los negocios jurídicos que versan sobre derechos reales inmobilia-

[2] Ángel Braulio Chavarry, "La publicidad inmobiliaria en el derecho comparado", en *Curso de derecho registral inmobiliario*, varios autores, Ministerio de Justicia, República Argentina, Buenos Aires, 1971, págs. 119 a 126.

rios, es superada en el artículo 4º de la ley de 1955 que reza: "Todo documento sometido a publicidad en un registro de hipotecas, debe ser redactado en forma auténtica". En Francia el registro de hipotecas equivale al registro inmobiliario, porque no solo es para estos gravámenes sino también para todas las mutaciones inmobiliarias.

Conviene detenernos en el sentido y alcance del artículo 4º. Los contratos acceden al registro siempre y cuando estén redactados en forma auténtica, es decir, requieren de la intervención del notario. En el derecho francés se admite que cuando un documento privado se presente en una notaría por todas las partes, con reconocimiento de la escritura y de las firmas, puede ser publicada el acta de presentación que contenga la copia del documento presentado. Ahora bien, la compraventa por instrumento privado, traslada la propiedad interpartes, pero la escritura pública es necesaria para que tenga efectos frente a terceros, objetivo que se alcanza al ser incorporada al registro. Lo mismo sucede con la sucesión hereditaria, que debe incorporarse en un documento auténtico, por ante notario público, con ayuda de un testimonio notarial[3].

41. Principios aplicables

En el registro de hipotecas francés son aplicables los principios de especialidad, prioridad, legalidad, tracto sucesivo y legitimación. Brilla por su ausencia la fe pública registral. El principio de especialidad es deficiente por acoger el sistema personal. La finca no se considera como unidad registral, sino como un complemento de la unidad registral personal. Cuenta con un fichero de fincas rurales y otro de predios urbanos para efectos informativos, procura la identificación de la finca y la concordancia con el catastro. Las hipotecas pueden ser voluntarias, legales y judiciales.

El principio de prioridad enseña que la entrada del título en el registro determina el momento a partir del cual surte efectos publicitarios; en el caso de presentarse varios títulos en la misma fecha, se tiene en cuenta el más antiguo. El principio de legalidad informa que al registro solo acceden los documentos públicos, pero admite los protocolizados notarialmente.

A pesar de que el registro no se lleva por fincas y, por ende, no utiliza el folio real, con base en el principio de tracto sucesivo, quien dispone de un derecho tiene que estar inscrito, salvo que el derecho se hubiere adquirido sin título o el título del disponente sea anterior al 1º de enero de 1956[4].

El principio de legitimación actúa con escasa intensidad. El artículo 41 de la ley de junio de 1924 establece: "La inscripción de un derecho implica la

[3] Fernando J. López de Zabalia, *Curso introductorio al derecho registral*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de Tucumán, 1983.

[4] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 58 y 59.

presunción de existencia del mismo en favor de la persona del titular; la cancelación de un derecho inscrito implica la presunción de su inexistencia". Es una presunción *iuris tantum* y, por lo tanto, admite prueba en contrario.

42. Procedimiento registral

Inicialmente, el registro consistía en la transcripción: presentado un documento, el oficial registrador procedía a copiarlo íntegramente. Pero no todos eran transcritos, algunos eran inscritos y para tal efecto el interesado podía anexar a la copia del documento un extracto que era copiado por el registrador. En la actualidad, del documento sujeto a registro, se presenta un extracto en un formulario destinado para este efecto, el cual es incorporado a un protocolo, el nombre del titular se lleva a un fichero, que es complementado con un fichero real.

El documento que se publica debe contener una identificación rigurosa de las partes (personas naturales o morales) certificada por un notario, y una exacta confirmación del inmueble, conforme con el catastro. El notario presenta dos ejemplares del documento, uno de ellos sobre un formulario reglamentario, que se conservará en el registro de la propiedad; el otro formulario se devuelve con la mención de la formalidad.

El conservador está facultado para "rechazar la presentación" o, tras haberla aceptado, "denegar la formalidad", si comprueba una irregularidad en la forma (no es juez de las irregularidades de fondo: falta de derecho, nulidad, incapacidad). Las partes tienen un recurso ante el presidente del tribunal de primera instancia.

Presentación. La publicidad no solo es obligatoria, sino que los documentos deben presentarse dentro de cierto plazo. Para la compraventa y la partición de bienes la ley concede dos meses. En la herencia, a partir del fallecimiento del causante los herederos tienen que obtener el testimonio notarial dentro de los seis meses y publicarlo dentro de los cuatro meses siguientes. El incumplimiento de los términos indicados es sancionado con multas. El funcionario público presenta en el registro de hipotecas la copia en ejemplar duplicado, una de las cuales debe ser extendida sobre un formulario de tamaño reglamentario, entregado por la administración.

Si el registrador acepta la presentación, devuelve uno de los ejemplares con la mención del cumplimiento de la formalidad y conserva el ejemplar extendido sobre el formulario entregado por la administración, que es encuadernado en el libro de registro de presentaciones. El registrador no tiene que copiar de nuevo, por lo tanto, no transcribe ni inscribe el documento, lo cual disminuye el riesgo de comprometer su responsabilidad por errores de copia.

La publicidad inherente al registro se produce por la presentación del documento, en el sentido de que torna su título oponible a terceros. Para probar

que se ha efectuado la presentación, el comparecimiento tiene dos medios: la constancia estampada por el conservador sobre el ejemplar que le devuelve al interesado, y el libro de registro de presentaciones, en el que se indican las efectuadas cada día.

43. Facultades del registrador

El conservador no está facultado para calificar la validez de un acto, el derecho del disponente o la capacidad de las partes. El derecho francés considera que a un funcionario de la administración de finanzas no le es dable estar investido de estos poderes que corresponden al juez, pero al registrador sí se le concede poderes en cuanto al control de la regularidad en la forma: debe rechazar la presentación si el título del titular precedente no ha sido registrado. El rechazo obliga a las partes a presentar de nuevo el documento, luego de superar la irregularidad; el título solo surte efectos a partir de la presentación rectificada.

El conservador también puede pronunciarse con respecto a la "denegación de la formalidad" cuando, tras haber aceptado la presentación, comprueba una irregularidad. En tal caso invita a las partes a regularizar el documento dentro del mes siguiente a la notificación; si corrigen lo solicitado, la publicidad conserva el rango de la presentación (decr. 4 de enero de 1955, art. 34).

Recursos. El artículo 26 del decreto de 1955 permite a las partes recurrir, dentro de los ocho días siguientes de notificada la "denegación de la formalidad", ante el juez de las comparecencias sumarias. Así las cosas, el conflicto entre el registrador y las partes lo dirime la autoridad judicial; si la providencia acoge las pretensiones de la demanda, el efecto de la formalidad se remonta a la fecha de presentación[5].

44. De la forma como se llevan los registros y ficheros

El registro de las presentaciones y los registros de publicidad son las piedras fundamentales del sistema. El primero es similar al libro diario radicador colombiano. Consiste en un libro encuadernado, foliado, rubricado por un juez de menor cuantía, en el que se van anotando, sin dejar espacios ni interlíneas, en forma consecutiva, todos los documentos que se presenten para la publicidad. Al fin del día y de cada año se hace un cierre del registro y una copia o microfilme es depositado en la secretaría de un tribunal distinto de aquel donde resida el registrador (C. C., art. 2200; decr. 89 de 1959). El registro de presentaciones determina el rango de las mutaciones según el orden de presentación: *Primus in tempore potior in iure*.

[5] Henri, Léon y Jean Mazeaud, *Lecciones de derecho civil*, parte III, vol. II, Publicidad inmobiliaria, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1988, págs. 402 a 405.

Los "registros de las formalidades" contienen los documentos presentados por las partes, los cuales son legajados y permiten conocer exactamente los derechos publicados. Existen tres tipos de registros de formalidades: el de las inscripciones hipotecarias, el de los embargos inmobiliarios y el que publica los derechos distintos de las hipotecas. En ellos se incorporan o legajan los documentos en formularios especiales que se presentan para su registro.

Los ficheros facilitan al registrador la búsqueda de los titulares o de los inmuebles, y no son sino un medio de investigación, pues no poseen valor alguno en el plano de la publicidad, salvo en lo relativo a los daños y perjuicios que pueda ocasionar el registrador a un tercero por la expedición de la copia de una ficha errónea.

Con frecuencia los terceros requieren de información que se encuentra en las oficinas de registro de hipotecas y solo conocen el nombre del posible titular o la ubicación de un inmueble. La publicidad descansa sobre el nombre del titular o sobre la determinación de la finca; en el primer caso la publicidad es "personal", y en el segundo, "real". Si es personal, la investigación se adelanta con la ayuda de repertorios alfabéticos o de ficheros clasificados por los nombres de las personas, pues todos los informes relativos a los inmuebles que contiene están agrupados por el nombre de la persona. Pero el sistema es imperfecto por no ser constitutivo; además, no funciona si se incurre en error ortográfico o si se da información insuficiente, o si en el pasado se pretermitió el tracto sucesivo.

Publicidad formal. El conservador de hipotecas expide copias o extractos de los documentos publicados y de las fichas. El contenido del registro se hace público por medio de certificaciones, manifestaciones o copias de los documentos archivados. El público no consulta por sí mismo los registros ni los ficheros. Cada interesado requiere del registrador una copia o extracto de los documentos publicados.

Los conservadores están obligados a expedir copias y extractos, pero solo cuando los documentos han sido presentados en el registro dentro de los cincuenta años anteriores, los demás se encuentran en archivos centrales habilitados especialmente para expedir las copias o extractos. El registrador también expide copias del fichero inmobiliario. En la expedición de copias y extractos hay un término máximo de diez días contados a partir de la solicitud (C. C., art. 2196)[6].

45. Efectos de la publicidad inmobiliaria

En Francia la inscripción no se exige como requisito de validez de un acto jurídico ni tiene por finalidad transferir o constituir el derecho publicado, ni

[6] Henri, Léon y Jean Mazeaud, *op. cit.*, págs. 405 a 409.

purga los defectos de que adolece el título de adquisición. Por ello el derecho francés en materia del registro de la propiedad es considerado como el menos avanzado y es criticado por lo limitado de sus efectos, que simplemente se contraen a tornar oponible a los terceros el documento publicado.

El efecto de la publicidad consiste en hacer oponibles a terceros ciertos actos; el efecto de la falta de publicidad de esos actos es su inoponibilidad frente a los terceros. El adquirente de un inmueble corre el riesgo, si no se publica su derecho, de que el enajenante proceda a una segunda transferencia cuya publicación se concrete. En el caso de las hipotecas entre dos acreedores hipotecarios, el que primero inscribe tiene un rango superior.

El artículo 30 del decreto de 4 de enero de 1955 señala, entre los actos sometidos a publicidad, aquellos "... cuya falta de publicidad, los hace inoponibles a terceros: 1. Los actos entre vivos, incluso acompañados de una condición, y las resoluciones judiciales que impliquen transmisión o constitución de derechos reales inmobiliarios; 2. Los legados a título singular; 3. Los arrendamientos por una duración de más de doce años y los recibos o cesiones de una suma equivalente a tres anualidades de alquileres o de cuotas arrendatarias rústicas no vencidas; 4. Los actos que acrediten ciertas restricciones al derecho de disponer, por ejemplo, las cláusulas de inalienabilidad; 5. Las cláusulas o actos susceptibles de llevar consigo la resolución o la revocación de los actos sometidos a publicidad, y 6. Los actos previstos por leyes especiales que impongan esa sanción (los reglamentos de copropiedad, el mandamiento de embargo y ciertos actos administrativos)".

Existen ciertos actos que son oponibles a terceros aun sin ser publicados, ellos son: 1. Las transmisiones y constituciones de derechos por causa de muerte a título universal. 2. Los actos y sentencias que, sin declarar ni transmitir derechos sobre inmuebles, precisen o confirmen su situación jurídica. Como puede apreciarse, no se trata de una situación nueva, por ello los terceros no pueden pretender ignorarla. Por ejemplo, los actos declarativos y, entre ellos, la partición, y las sentencias que verifican la inexistencia de un derecho (resolución, nulidad, etc.). 3. Los actos que tienden a obtener un cambio en la situación del inmueble. Pero si concreta el cambio deberá ser publicado, so pena de inoponibilidad; por ejemplo, las promesas unilaterales de venta o arrendamiento solo crean obligaciones, no transfieren ni crean derechos reales, sin embargo, pueden publicarse sin que su omisión traiga consigo la inoponibilidad.

46. Terceros

Los "terceros" son las personas que pueden alegar la falta de publicidad de un acto, aquellos a los cuales es inoponible ese acto mientras no se publique. En el derecho francés hay dos regímenes en materia de "terceros" registrales: el establecido por el Código Civil y el del decreto de 4 de enero de 1955. El Código Civil se refiere a la publicidad de las donaciones de los derechos reales

inmobiliarios susceptibles de hipoteca, y a la de las sustituciones de derechos reales inmobiliarios. Los demás actos, a título oneroso o gratuito, están regidos por el decreto de 1955. Para ser tercero registral el Código Civil y el decreto de 1955 tienen unos requisitos comunes, pero la última disposición exige, además, otros suplementarios. Son requisitos comunes los siguientes:

a) Tener un interés. Este requisito no es sino la aplicación del principio "donde no hay interés no hay acción" (C. C., art. 941).

b) No haber sido encargado de efectuar la publicación, porque no cabe alegar la propia negligencia. Nadie puede fundar su derecho sobre su propia negligencia o sobre su dolo (C. C., art. 940; decr. de 4 de enero de 1955).

c) Ausencia de concierto fraudulento: no se exige la buena fe, pero es preciso que el enajenante y el tercero no utilicen las reglas de la publicidad para cometer un fraude con respecto al adquirente. La corte de casación francesa ha expresado reiteradamente que el conocimiento por el segundo adquirente de una enajenación primera en fecha, pero no publicada, no le prohíbe alegar la falta de publicidad.

d) El conflicto debe plantearse entre causahabientes del mismo causante: la publicidad carece de efecto en las relaciones entre las partes de una transmisión y en las relaciones entre adquirentes que tengan sus derechos de distintos enajenantes.

Por su parte, el decreto de 4 de enero de 1955, exige a los terceros tres requisitos suplementarios, ellos son:

a) Que el tercero hubiere adquirido un derecho relativo a un inmueble: no es a lugar oponer la falta de publicidad de un acto referente a un inmueble si no se cumple la condición de alegar un derecho concurrente relativo a ese inmueble. Este primer requisito excluye a los acreedores quirografarios, que no tienen sino un derecho general sobre el patrimonio del deudor, y no un derecho relativo a uno o varios inmuebles.

b) Ese derecho debe estar sometido a publicidad bajo la sanción de inoponibilidad. Los terceros a los cuales son inoponibles los actos sometidos a publicidad y no publicados son aquellos que tienen algunos derechos sometidos a la misma obligación de publicidad (decr. de 1955, art. 30).

c) El tercero debe haber publicado su derecho. Para alegar la falta de publicidad de un acto, el tercero debe haber publicado, a su vez, su derecho con antelación al derecho que pretende excluir[7].

47. Organización del registro hipotecario

La oficina de registro de la propiedad inmueble en Francia se denomina Oficina de Hipotecas o Conservación de Hipotecas, y está a cargo de un con-

[7] Henri, Léon y Jean Mazeaud, *op. cit.*, págs. 436 a 456.

servador de hipotecas; hay una oficina en cada circunscripción, que lleva el registro de presentaciones, el registro de formalidades, los índices y los archivos. El conservador está sujeto a responsabilidad y en caso de error u omisión puede imponérsele penas pecuniarias. En el registro se practican asientos de inscripción, transcripción y anotación, y cancelaciones.

El documento que requiere de ser publicado y cumple con los requisitos legales, debe presentarse en la Conservación de Hipotecas, el registrador asegura su custodia, lleva los registros y ficheros. El conservador es un funcionario administrativo, depende del Ministerio de Hacienda y cobra por arancel.

48. Evaluación del sistema francés

El registro francés presta una publicidad inadecuada. En primer lugar, como registro de títulos, no llega a garantizar la propiedad del transmitente, sino solo la inoponibilidad de los títulos inscritos. Además, los criterios de identificación de las fincas siguen siendo inseguros, especialmente en la propiedad rústica. El catastro francés, de formación municipal, aunque ha sido objeto de importantes mejoras, es deficiente y presenta serios problemas de coordinación con el registro[8].

Francia hace parte de las legislaciones que atribuyen a la publicidad registral simple fuerza negativa o preclusiva (oponibilidad de lo inscrito), de tal forma que la adquisición y constitución del dominio tiene lugar con entera independencia del instituto registral. Ahora bien, para evitar los daños inherentes a la clandestinidad de los gravámenes y las dobles enajenaciones, establece que quien inscribe queda a salvo de reclamaciones que formulen quienes en fecha anterior o al mismo tiempo adquieran el mismo derecho u otro incompatible con el inscrito y no procedieran a inscribir o lo hicieran con posterioridad.

La publicidad meramente negativa protege contra la doble venta y, de manera general, contra cualquier otro adquirente que no haya inscrito su título, pero lo que no garantiza es la validez del título del *tradens*, o de los que también inscritos anteceden a este, de manera que la nulidad o la rescisión de uno alcanza a todos los adquirentes posteriores. En este sistema inmobiliario el tráfico jurídico se protege de manera bastante defectuosa, pues el que contrata de buena fe apoyándose en el registro, no tiene seguridad de que sus pronunciamientos sean incontrovertibles[9].

[8] José Antonio Álvarez Caperochipi, *Derecho inmobiliario registral*, Madrid, Edit. Civitas, 1986, págs. 24 y 25.

[9] Ángel Cristóbal Montes, *op. cit.*, págs. 183 y 184.

Al evaluar el sistema francés la doctrina internacional coincide en considerar que responde a una organización rudimentaria de la publicidad. Pero a pesar de sus evidentes imperfecciones técnicas puede afirmarse que más que responder a una concepción deficiente de la publicidad, responde a una concepción distinta de la misma. Así como en los sistemas de desenvolvimiento rigurosamente técnico, los problemas de titularidad y de seguridad de los derechos reales descansan sobre el registro, en el derecho francés descansan sobre la intervención notarial, de la cual es simple complemento la institución del registro. Así las cosas, los problemas de constitución y titularidad corresponden al notariado y la publicidad al registro.

En materia de publicidad registral, no basta dar a conocer los derechos reales ya existentes; un buen sistema concede efectos constitutivos o, al menos, convalidantes de las situaciones reales, por ello una de las deficiencias del registro francés es que está concebido con base solo en los efectos meramente negativos.

Desde el punto de vista formal los defectos más cuestionados del sistema francés son: 1. No haber adoptado un sistema de publicidad real, pues desconoce la especialidad física o determinación de las fincas objeto de los derechos reales y dificulta las sucesivas transmisiones. 2. La complejidad del sistema, consecuencia de la publicidad personal, que hace del registro una oficina de difícil y complicado manejo. 3. El sistema de índices es defectuoso, origina búsquedas complicadas e inseguras. 4. En el sistema francés no hay una verdadera calificación registral, el registrador o conservador actúa automáticamente y solo niega la inscripción por meros defectos formales[10].

[10] ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 154 a 156.

Capítulo VI

SISTEMA REGISTRAL ALEMÁN

49. Adquisición de los derechos reales inmobiliarios

Las normas vigentes aplicables al registro de la propiedad son: el Código Civil de 1900 (BGB), que regula el derecho inmobiliario material, en especial los requisitos exigidos para la modificación de los derechos reales; la Ley del Reich del Registro Inmobiliario (LRI), que complementa el Código y cuyo contenido incluye el derecho inmobiliario formal, es decir, lo relativo a las autoridades registrales, el procedimiento de registro, etc. Esta ley rige desde 1936, según el edicto de 5 de agosto de 1935.

El tratamiento negocial de los asuntos del registro fue regulado por el decreto del Ministerio de Justicia de 25 de febrero de 1936 (D. J. 50). La Ley de Registro Inmobiliario (LRI), sufrió algunas modificaciones: a) La ley de 31 de octubre de 1938 y el decreto de 5 de octubre de 1942 simplificaron el procedimiento registral; b) el decreto de 26 de julio de 1940 dictó nuevas disposiciones sobre la reposición de registros y documentos destruidos por acción de la guerra[1].

En el derecho alemán, los negocios jurídicos pueden ser de dos clases: negocios obligacionales y negocios de disposición. La finalidad de los primeros es crear obligaciones; la de los segundos constituir, modificar o extinguir derechos reales. Si tomamos como ejemplo la adquisición de un inmueble mediante compraventa, tenemos:

a) La compraventa es el acto causal o negocio obligacional. Con ella no se transmite la propiedad. Constituye el porqué inmediato, jurídico y objetivo que sirve de fundamento a la transmisión. Es el negocio por el cual una persona se obliga a transferir a otra la propiedad de un inmueble y debe perfeccionarse ante juez o notario (BGB, art. 313), en caso contrario será nulo por defecto de forma.

b) El acuerdo de transferencia es el acuerdo del transferente y del adquirente dirigido a efectuar la transferencia. No debe confundirse con el acto causal, pues representa un nuevo e independiente acto de voluntad de ambas

[1] Martin Wolff, *Tratado de derecho civil,* Derecho de cosas, vol. I, t. II, Posesión, derecho inmobiliario, propiedad, 3ª ed., Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1970, págs. 153 a 155.

partes, un convenio dirigido a un desplazamiento patrimonial. Se le llama también acuerdo real o contrato real abstracto, y forma parte del negocio de disposición.

c) La inscripción en el registro es el acto que pone fin al proceso, y forma parte del negocio de disposición[2].

La regla general es que el negocio causal y el acuerdo abstracto necesario para la modificación jurídico-real se celebren en forma simultánea y se formalicen en el mismo acto notarial. Se trata de una distinción conceptual y no de una circunstancia de hecho.

En el caso de la transferencia del dominio de un inmueble, no basta a los fines de la inscripción la expresión del consentimiento formal del enajenante, requiere además de la expresión del consentimiento bilateral de uno y otro, enajenante y adquirente. Los artículos 873 y 925 del BGB exigen para la transmisión de la propiedad inmobiliaria y para la constitución, transmisión y gravamen de los derechos inmobiliarios limitados, el acuerdo del concedente y del adquirente sobre la modificación jurídica y la inscripción de tal modificación en el registro. Ahora bien, el acuerdo y la inscripción son necesarios solo para las modificaciones derivadas de un negocio jurídico. Las demás modificaciones no fundadas en un negocio jurídico no requieren del acuerdo, tal ocurre, por ejemplo, con la adquisición de inmuebles por herencia, la partición de bienes, la adjudicación en subasta, etc.

De acuerdo con el artículo 925 del BGB es necesario la presencia simultánea de ambas partes en la oficina de registro, a fin de manifestar su acuerdo de voluntades. En la actualidad son los notarios quienes cumplen la función más importante, ya que instrumentan el otorgamiento del acuerdo y lo trasladan al registro en virtud de la ordenanza de 1934. También los notarios pueden solicitar la inscripción del acto en el registro, pues se presume *iuris tantum* que son mandatarios tácitos de los interesados.

En Alemania la transmisión del dominio sobre inmuebles nace de un acto abstracto en el que las manifestaciones de voluntad de las partes versan únicamente sobre el hecho mismo del cambio de titularidad del dominio y no sobre el negocio causal que le sirve de antecedente, si bien este no puede faltar. Para una mejor comprensión de la adquisición de derechos reales inmobiliarios pueden consultarse los principios de consentimiento e inscripción en esta obra.

50. Derechos inscribibles y enumeración de principios

Previo al estudio de los principios, conviene precisar cuáles son los derechos reales establecidos en la ley. Alemania adoptó el sistema de *numerus clausus*, de tal forma que las partes solo pueden escoger un número limitado

[2] José Luis Pérez Lasala, *op. cit.*, págs. 37 y 38.

de derechos, que con respecto a inmuebles son el de dominio, el de superficie, las servidumbres reales y personales, el de tanteo, las cargas reales, la hipoteca, las deudas inmobiliarias, el de renta y ciertos derechos como el usufructo.

Conviene definir los derechos extraños a nuestro régimen jurídico. El derecho real de tanteo permite a la persona a cuyo favor se concede el ser preferido —en la venta— en el caso de que el propietario del inmueble decida enajenarlo (C. C., art. 1094). Las cargas reales son un gravamen de derecho privado que recae sobre un inmueble, en virtud del cual el titular devenga prestaciones periódicas en dinero o en especie (C. C., art. 1105).

La deuda inmobiliaria es un gravamen no accesorio de una finca, que trae consigo el reconocimiento de una suma de dinero que se obtendrá del inmueble. Si bien por regla general sirve para garantizar un crédito, no es necesario que así sea (art. 1192). Por ejemplo, el propietario de una finca necesitado de dinero, en lugar de tomar un préstamo y garantizarlo con hipoteca, puede vender por una suma una deuda hipotecaria sobre su finca. En tal caso, el que da el dinero no es prestamista, sino adquirente a título oneroso de un derecho sobre un inmueble; el propietario no es deudor, pero está facultado para evitar, mediante el pago de la obligación, que se transforme el fundo en dinero. La deuda de renta es una especie de deuda inmobiliaria definida por el artículo 1199 del Código Civil como el gravamen de una finca con una renta en metálico, en plazos periódicos.

Son objeto de inscripción la constitución, la modificación de titularidad, las modificaciones de contenido y la extinción de los derechos reales. En determinados y limitados supuestos se le da cierta protección al arrendamiento y a los derechos personales, mediante la anotación preventiva[3].

En el registro alemán son de recibo los siguientes principios: 1) de instancia o rogación; 2) de consentimiento; 3) de inscripción; 4) de determinación o especialidad; 5) de rango o prioridad; 6) de tracto continuo; 7) de legalidad; 8) de legitimación, y 9) de fe pública.

51. Principio de instancia o rogación

El juez del registro inmobiliario solo actúa a instancias del interesado, excepcionalmente la ley permite hacer algunas inscripciones de oficio (LRI, art. 13). En la presentación del consentimiento de inscripción, por la persona que la consienta, va implícita la solicitud de inscripción, y tiene derecho a solicitarla tanto la persona cuyo derecho es perjudicado como aquel que se beneficia con la inscripción. La rectificación del registro mediante inscripción de un titular, la puede solicitar también la persona que se beneficie de un modo mediato, tal es el caso del acreedor de un heredero que no ha inscrito su derecho.

[3] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. I, págs. 138 y 139.

La instancia puede partir también de un representante. En el derecho alemán como en el francés, el notario que legalizó o autorizó la declaración necesaria para una inscripción tiene el poder de representación por una presunción *iuris tantum*.

El principio de instancia obedece al hecho de que la mayor parte de las inscripciones en el registro inmobiliario están basadas en negocios jurídicos privados. Sin embargo, el legislador abandona el principio de instancia cuando lo registrable no son actos jurídicos privados, sino públicos, y cuando la distinción entre la situación reflejada en el registro y la situación real genera confusiones en el tráfico. En consecuencia, la oficina de registro inscribe sin instancia privada: a) por requerimiento de la autoridad competente (LRI, art. 38), y b) de oficio en los siguientes casos:

1. Cuando un procedimiento de inscripción es incoado a instancia privada y hay motivo para temer que de él se deduzcan equívocos y peligro para los derechos de terceros.

2. Cuando la oficina de registro, con infracción de preceptos legales, ha procedido a una inscripción que da lugar a que el registro sea inexacto (LRI, art. 53).

52. Principios de consentimiento y de inscripción

Según este principio para que se produzca una modificación real se requiere del consentimiento de los interesados precisa y exclusivamente dirigido a este fin, con independencia total del acto causal a que debe su cumplimiento. Para ello es siempre indispensable el consentimiento del titular del derecho afectado (LRI, art. 19).

Hay dos modalidades de consentimiento: 1) el consentimiento material, constituido por el acuerdo de voluntades del transferente y el adquirente sobre la modificación real, y 2) el consentimiento formal, que en ciertos eventos admite que con el solo consentimiento del titular puedan operarse modificaciones reales. Es el caso de las hipotecas y deudas inmobiliarias, la extinción de derechos reales, la modificación de derechos en cosa propia (C. C., art. 158).

Mediante el principio de inscripción se enseña que el registro no es una simple formalidad externa añadida al acuerdo, sino que con él forma la totalidad o unidad del negocio dispositivo. De tal forma que si el acuerdo o consentimiento no va acompañado de la inscripción o viceversa, no se produce la modificación real, esto es, se precisa la concurrencia de ambos elementos. Como la inscripción es elemento integrante del negocio dispositivo y elemento necesario para que opere la modificación jurídica real, el registro alemán tiene carácter constitutivo.

53. Principio de especialidad o de determinación

Este principio exige que los derechos reales figuren inscritos con la mayor concreción. El criterio del registro por fincas, la fijación concreta de los tipos de derechos inscribibles, la exigencia de que consten numéricamente y en moneda nacional los gravámenes, y tantas otras precauciones, hacen efectivo el principio de especialidad. Dificulta su aplicación la admisión de hipotecas solidarias (*Gesammthypothek*), y la agrupación en una sola hoja registral de las fincas que dentro de un distrito pertenezcan a un mismo propietario (*personal Folien*)[4].

Son objeto de inmatriculación en el registro inmobiliario las fincas y los derechos equiparados a las mismas. Las fincas tienen que designarse de conformidad con los datos de otras oficinas y de otros registros de carácter oficial (catastro, registro de tierras, registro de agrimensura). Todas las fincas deben ser inscritas en el registro (LRI, art. 3º); solo están exentos de inscripción los inmuebles de los municipios, comunidades, iglesias, conventos, escuelas, caminos públicos, ríos, ferrocarriles. El reglamento del derecho de superficie de 15 de enero de 1919, determinó que se debe abrir siempre de oficio una hoja del registro inmobiliario.

La ley de propiedad de vivienda de 15 de marzo de 1951 equiparó los derechos sobre fincas con las cuotas de copropiedad sobre un inmueble, que van unidas a la propiedad separada de una determinada vivienda u otros locales de un edificio erigido en la finca y están limitadas por los derechos de propiedad separada de otros copropietarios. Según el artículo 7º de la ley, para tales cuotas de copropiedad debe abrirse de oficio una hoja especial denominada registro de vivienda, o registro de propiedad parcial si se trata de inmuebles con otra destinación, casos en los que debe cerrarse la hoja que se destinaba a la finca en cuestión[5].

54. Principio de rango o prioridad

El sistema alemán cuida que los asientos se practiquen por orden cronológico, y la prioridad opera en doble forma: 1. Si se trata de derechos reales que están inscritos en una misma sección del folio registral, la prioridad se determina por el orden consecutivo de las inscripciones, es decir, por el lugar que ocupan en aquel (prioridad según el lugar). 2. Si se trata de derechos reales que están inscritos en secciones diferentes del mismo folio, la prioridad se determina por el orden cronológico de las inscripciones (prioridad según el tiempo) (C. C., art. 879).

Practicada la inscripción, el rango adquirido por el derecho inscrito tiene un valor sustantivo fijo, de aquí se deriva: 1. Que la extinción de un derecho

[4] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 125 y 126.

[5] Martin Wolff, *op. cit.*, págs. 160 a 162.

inscrito no motiva, por regla general, el ascenso en rango de los derechos posteriores, sino que deja a aquel vacante, pudiendo ser ocupado por otro diferente. 2. Que el rango es un valor negociable por medio de los mecanismos de la permuta o posposición de rango y de la reserva de puestos[6].

Los interesados pueden pactar un rango determinado al constituir el derecho, que no corresponde necesariamente al que resulta del orden consecutivo de las inscripciones o de las fechas. Por ejemplo, pueden estipular que varias hipotecas que se deban inscribir tengan un rango igual, o que A obtenga una primera hipoteca y B una segunda, aunque la solicitud de inscripción sea presentada antes por B que por A. Tales convenios son contratos reales que requieren acuerdo e inscripción.

A) *Modificación del rango*

El rango de un derecho lo determina la relación en que ese derecho se encuentra respecto de otros derechos. El rango no es un derecho, pero produce derecho de preferencia, especialmente en la ejecución forzosa. La modificación de rango requiere un contrato real, y en particular: 1. El acuerdo del titular que retrocede con el titular que avanza, en cuanto a la modificación del rango. 2. La inscripción en el registro inmobiliario. 3. Como quiera que la modificación del rango perjudica el derecho que retrocede, debe ser autorizada. 4. La modificación del rango está permitida para derechos de toda clase y es frecuente en las hipotecas o deudas inmobiliarias[7].

B) *La reserva del rango*

Ocurre cuando el propietario de una finca requiere gravarla en segundo lugar, reservando para el futuro la posibilidad de un gravamen de rango preferente. Esta situación es frecuente en el ramo de la construcción, cuando el constructor al comprar el inmueble garantiza el precio con una hipoteca de segundo grado y reserva la de primer grado destinada a quien le preste para la construcción.

El Código Civil alemán prevé dos opciones para quien desee acogerse a la reserva del rango. El artículo 1196 permite al propietario inscribir para sí y con el primer puesto una deuda inmobiliaria de propietario que siempre podrá transformar en hipoteca a favor de su futuro acreedor, y concede al acreedor presente una hipoteca con el segundo puesto. La segunda posibilidad la consagra el artículo 881. Con base en esta disposición el propietario atribuye a su actual acreedor una primera hipoteca, pero se reserva el derecho de inscribir después otro derecho de determinado alcance con rango anterior al de dicha hipoteca (reserva de rango).

Para el nacimiento de la reserva de rango se requiere el acuerdo entre el propietario de la finca y el adquirente del derecho a limitar por la reserva y la

[6] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. I, págs. 169 y 170.

[7] Martin Wolff, *op. cit.*, págs. 258 a 263.

inscripción de la reserva junto con ese derecho. Conforme con el artículo 877 del Código Civil la reserva de rango se extingue mediante acuerdo e inscripción[8].

55. Principio de tracto continuo

Todos los actos que implican una modificación real deben proceder del titular del derecho real afectado. El carácter constitutivo de la inscripción y la presunción de veracidad que existe a su favor, exigen que esa titularidad resulte precisamente del registro. De acuerdo con la ley inmobiliaria, solo puede practicarse una inscripción cuando aquel cuyo derecho resulta perjudicado esté previamente inscrito como titular. Pero admite la inscripción de los acuerdos suscritos por quien no siendo titular según el registro, obtiene la convalidación de aquellos, bien por ratificación del titular o por algún otro medio (principio de convalidación).

Mientras que las modificaciones jurídicas que afecten a un derecho inmobiliario, en tanto que se basen en negocio jurídico, necesitan la inscripción en el registro para ser eficaces (C. C., art. 873), las modificaciones producidas por ministerio de la ley, por ejemplo la sucesión, se consuman también fuera del registro. De este modo puede ocurrir que el registro no indique cuál es el verdadero titular, quien puede, para prevenir los peligros resultantes de ello, hacer rectificación, pero aun sin esta corrección está facultado para disponer de su derecho, siempre y cuando pueda demostrarlo. En todo caso, la inscripción previa del perjudicado es necesaria, tanto si se trata de una inscripción posterior de la modificación jurídica, como si sirve para la rectificación.

Si el perjudicado en su derecho es el sucesor a título universal del titular inscrito, su inscripción previa no es necesaria, siempre que: a) se trate de inscribir la transmisión o la extinción del derecho, sea total o parcial, en virtud de negocio jurídico o por ley, y b) si la solicitud de inscripción no se apoya en el consentimiento del heredero sino del causante, o del administrador de la herencia o albacea. El consentimiento de inscripción de estas personas equivale a un título ejecutivo dirigido contra ellas (LRI, art. 41)[9].

56. Principio de legalidad

El registrador alemán debe someter los documentos presentados a un examen previo a la inscripción, para comprobar la existencia, licitud y validez de los supuestos que han de servir de base a la misma. Esta calificación tiene un alcance exclusivamente real; de ahí que se refiera tan solo a los elementos

[8] *Idem, ibidem*, págs. 258 a 263.

[9] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. I, pág. 166; Martin Wolff, *op. cit.*, págs. 194 a 199.

del negocio dispositivo, y excluya por completo el negocio obligacional o causal. La función calificadora, limitada a los elementos del negocio dispositivo (acuerdo e inscripción), se extiende a la identidad y capacidad de las personas, la facultad de disponer, la representación, la licitud del asiento solicitado y el contenido y forma del acuerdo.

No obstante lo expresado, día a día se le dan al registrador alemán más deberes de comprobación en el ámbito fiscal y en otros aspectos de carácter público. Así, por ejemplo, las partes deben presentar un certificado que acredite el pago de los impuestos por adquisición de inmuebles; si la finca no está edificada debe revisar que se hubiere anexado el permiso de las autoridades de inspección de precios, y si se trata de un fundo agrícola o forestal, que haya sido aprobado por las autoridades de agricultura. El registrador no puede exigir que se le exhiba el contrato de compraventa, y aunque llegase a su conocimiento, la nulidad del contrato no puede denegar la inscripción[10].

57. Principio de legitimación

El sistema alemán parte del presupuesto de que las inscripciones, sean constitutivas o declarativas, son exactas y están en perfecta armonía con la realidad jurídica. Esta presunción tiene dos aspectos, uno positivo y otro negativo. Por el primero se afirma la existencia de todo derecho real inscrito, si no resulta lo contrario del registro; por el segundo, se afirma la inexistencia de todo derecho que en el registro conste cancelado. Su principal finalidad es procesal y probatoria: desplaza la carga de la prueba sobre quien afirma la inexactitud del registro y se opone al contenido de los asientos. Es presunción *iuris tantum*, que se destruye mediante la prueba en contrario (C. C., art. 891).

El titular del derecho inmobiliario lesionado por la inexactitud, tiene la acción de rectificación. Una vez presentada la demanda puede además solicitar provisionalmente la paralización de los efectos posteriores de la inscripción y el aseguramiento de su derecho, por medio de un asiento de contradicción, de cierta analogía con la anotación preventiva.

Esta presunción vale tanto para la propiedad como para los demás derechos reales susceptibles de inscripción, pero no es aplicable a otras relaciones jurídicas inscritas, como derechos de arrendamiento, limitaciones de disponer, ni respecto a las circunstancias de hecho. Lo expresado es de recibo con relación al principio de la fe pública[11].

58. Principio de la fe pública

Este principio beneficia a quien adquiere un derecho confiado en la inscripción, amparado en una presunción *iure et de iure* que por su naturaleza

[10] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, pág. 166.

[11] *Idem, ibidem*, págs. 167 y 168.

no admite prueba en contrario. La presunción tiene un aspecto positivo y otro negativo: en el primero considera existente y válido el derecho inscrito en los términos que resultan de la inscripción; en el segundo considera inexistente todo lo que en el registro no conste que pueda limitar o invalidar el derecho inscrito.

Basada en la necesidad de proteger el tráfico inmobiliario, la fe pública no se extiende a aquellas adquisiciones a título hereditario, o por ministerio de la ley o por adjudicación judicial en procedimiento ejecutivo. Tampoco tiene lugar en el caso de adquisición por negocio jurídico *inter vivos* o legado cuando existe algún asiento de contradicción o cuando la inexactitud registral es conocida por el adquirente (principio de buena fe). Por otra parte, las circunstancias de hecho anotadas en el registro de un modo inexacto o incompleto no son protegidas por la fe pública (C. C., arts. 892 y 893)[12].

59. La finca y el folio real

La finca, entendida como un espacio de la superficie terrestre comprendida dentro de unos límites determinados, es la base de la organización del registro alemán. Con base en la finca se abre el folio registral y se inscriben los derechos reales. Es la finca el eje del sistema. La apertura de todo folio registral se hace mediante la incorporación a él de la finca, esto es, mediante su inmatriculación, que tiene lugar por la descripción de aquella en correspondencia con los datos catastrales. La inmatriculación tiene lugar cuando por primera vez se incorpora una finca al régimen de registro, o en virtud de modificaciones de fincas ya matriculadas que supongan la creación de una finca nueva, como ocurre en los casos de agrupación o división de fincas anteriores.

La regla general es que para cada finca se abre un folio registral donde debe reflejarse todo el estado físico y jurídico del inmueble. Pero en Alemania el principio de especialidad con respecto a la finca y al folio tiene sus excepciones, ya que además del *real Folien* (folio real), en el que cada finca tiene su cuaderno, existen dos sistemas: el del *real Persona folien*, en el cual puede haber dos o más fincas del mismo propietario en una misma hoja, y el del *personal Folien*, que incluye todas las fincas de un mismo propietario.

Un ejemplo ilustra las variables descritas. Pedro es propietario de la finca La María, y compra a Juan la finca El Llanito. En el momento previo al negocio hay dos folios, uno para cada finca. Una vez celebrado el negocio pueden ocurrir distintas variantes: a) que el fundo El Llanito sea trasladado al folio del fundo La María, uniéndosele y formando una sola finca; b) que cada finca siga con un folio independiente, y c) que el fundo La María sea trasladado al folio del fundo El Llanito[13].

[12] *Idem, ibidem*, t. I, págs. 168 y 169.

[13] Fernando J. López de Zabalia, *op. cit.*, págs. 132 y 133.

El folio real consta de un encabezamiento destinado a la descripción del objeto, siguen a continuación tres secciones. El encabezamiento consigna el número de orden que le corresponde, la ubicación, la demarcación, la cabida y la remisión al catastro con el número de plano y parcela que le corresponde. Se agregan a veces otros datos no esenciales, tales como la tasación fiscal, tanto de tierras como de edificios, el monto del seguro contra incendio, etc.

En la primera sección se expresan todos los datos sucintos relativos al propietario y al fundamento de la inscripción, es decir, los detalles relativos a la adquisición o transmisión del dominio; quien desee realizar un estudio más profundo de los antecedentes debe recurrir al archivo de registro. Posteriormente, se van registrando en el folio todas las mutaciones en la titularidad del dominio, de manera que quien lo examine podrá estudiar la historia de la finca en su vida jurídica en el curso del tiempo.

En la segunda sección se registran todos los gravámenes y cargas de la propiedad que no sean hipotecas ni otros derechos reales de garantía. Se consignan las servidumbres, el derecho de compra preferente, las declaraciones de concurso del propietario, los asientos de contradicción y las anotaciones preventivas. Se anotan también las modificaciones parciales y las cancelaciones de estos mismos gravámenes.

La sección tercera está reservada para los derechos reales de garantía que gravan a la finca, tales como hipotecas y deudas inmobiliarias. En columna aparte se consignan las modificaciones y transferencias de estos derechos y su cancelación.

Tanto en caso de mutación en la titularidad del dominio, como en los supuestos de fusión o segregación de fincas, o en los casos de gravámenes cancelados, las respectivas inscripciones existentes en el folio real que no se encuentren ya subsistentes son subrayadas en rojo; este señalamiento indica que la inscripción carece de eficacia[14].

60. Cómo se hace la inscripción

Los requisitos de toda inscripción son la instancia o petición de inscripción, el consentimiento de inscripción y la inscripción previa del perjudicado en su derecho. Una vez probados los requisitos y supuestos necesarios, la oficina de registro tiene que proceder a la inscripción. En ella se designa exactamente el derecho a inscribir (o la limitación de disponer), el contenido y la persona del titular (o de la persona favorecida por la limitación). De lo contrario, no hay inscripción en sentido legal, pues carecería de todo efecto. En ciertos casos, y a fin de no sobrecargar el registro, la inscripción detallada puede reemplazarse por una referencia parcial al consentimiento de inscripción.

[14] Ángel Braulio Chavarri, *op. cit.*, págs. 127 y 128.

La inscripción de una hipoteca incluye: a) el acreedor, sin que sea menester designarlo nominalmente, pues no siempre es posible, basta que su identidad pueda determinarse; b) el importe pecuniario del crédito, y c) el tipo de interés y el importe económico de otras eventuales prestaciones accesorias, como las penas convencionales. Quien desee conocer más datos del crédito debe remitirse al consentimiento de inscripción (C. C., art. 1115 y LRI, art. 28).

El derecho de superficie se inscribe en la hoja de la finca y en la del derecho de superficie; la primera inscripción debe hacer referencia a la segunda, para la más precisa descripción del contenido del derecho, y la segunda debe remitirse al consentimiento de inscripción.

Toda inscripción debe indicar el día en que se haya practicado, y ser firmada por el registrador (LRI, art. 44). El juez registrador decreta la inscripción e indica su tenor literal, el escribano la efectúa y ambos firman. Si se trata de sentar varias inscripciones, tendrá que ponerse con claridad el rango que a cada una de ellas corresponda con arreglo al momento de la instancia respectiva, sea mediante indicación de la fecha o por anotación especial del rango. Las cancelaciones se practican inscribiendo una nota de cancelación o bien tácitamente, omitiendo el derecho inscrito al traspasar una finca o parte de la misma a otra hoja.

Las personas físicas se inscriben con el nombre, estado civil, profesión, domicilio; las personas jurídicas y las sociedades comerciales con la razón social y el domicilio. También son inscribibles los titulares desconocidos, por ejemplo los herederos del causante titular, fallecido en determinada fecha, e incluso los no nacidos o no concebidos, a título de herederos fideicomisarios. Si se ha de inscribir un derecho a favor de varias personas, debe indicarse las cuotas (LRI, art. 47).

Una vez practicada la inscripción, debe notificarse al que presentó la instancia y a todas las personas que según el registro resulten beneficiadas o perjudicadas. Si se trata de la notificación de un propietario, se comunica también a las personas que tengan derechos reales de garantía o un derecho sobre el mismo (LRI, art. 55)[15].

61. Asientos que se practican

En el derecho alemán se practican una serie de asientos, denominados inscripciones, que son objeto de diversas clasificaciones. En primer lugar, las inscripciones pueden ser de hecho y de derecho; aquellas se orientan a la descripción del inmueble y de las personas titulares de derechos; estas se encuentran amparadas por el principio de fe pública. En segundo lugar, las inscripciones se clasifican en inscripciones en sentido estricto y cancelaciones.

[15] Martin Wolff, *op. cit.*, págs. 202, 203 y 237 a 239.

Las primeras son asientos por los cuales se constituyen, transmiten o modifican derechos reales; las cancelaciones son asientos mediante los cuales se extinguen derechos reales.

En tercer lugar, las inscripciones pueden ser preparatorias o definitivas. Las preparatorias incluyen las preventivas, que tienden a asegurar un derecho personal, las preanotaciones, que tienden a asegurar un derecho real, y los asientos de contradicción, que pretenden suspender los efectos de la fe pública registral.

En cuarto lugar, las inscripciones son constitutivas o declarativas. Hay ciertas mutaciones (constitución, transmisión, modificación de derechos reales) que solo nacen después del asiento en el registro, entonces su inscripción es constitutiva. Hay otras mutaciones que operan fuera del registro, pero cuando acceden obtienen otros efectos, en tal caso su inscripción es declarativa; por ejemplo, los bienes adquiridos por sucesión a título universal.

En último lugar, las inscripciones pueden ser correctas o viciosas, y exactas o inexactas. Una inscripción es correcta cuando es realizada cumpliendo el procedimiento registral, viciosa en caso contrario. Es exacta, si lo inscrito coincide con la realidad material, e inexacta en caso contrario[16].

62. Asiento de contradicción y anotación preventiva

Estos asientos son provisionales. La contradicción sirve para asegurar un derecho por razón del cual pueda solicitarse una rectificación. El asiento se dirige contra la exactitud de una inscripción determinada o simplemente contra la exactitud del registro (C. C., art. 899). Requiere el consentimiento del interesado al que perjudica o una orden judicial provisional o la solicitud del contradictor y aun puede efectuarse de oficio (C. C., art. 1139 y LRI, art. 76).

Los efectos del asiento de contradicción son los siguientes: a) Destruye la fe pública de la inscripción impugnada (C. C., art. 892), pero no da lugar al cierre del registro. El titular inscrito queda facultado para disponer, pero tal disposición es ineficaz, si existe el derecho asegurado por el asiento de contradicción. Si la contradicción no prospera las normas sobre fe pública quedan plenamente en vigor. b) El asiento de contradicción suspende la usucapión tabular (C. C., art. 900), hace ineficaz el procedimiento encaminado a la caducidad del propietario (C. C., art. 927) y excluye la prescripción (C. C., art. 927).

El asiento de contradicción se extingue: a) al desaparecer la necesidad de asegurar el derecho, es decir, por practicarse la rectificación; b) por extinción del derecho real asegurado, por ejemplo, por muerte del usufructuario, en el caso de haberse inscrito un asiento de contradicción de la cancelación indebida

[16] Fernando J. López de Zabalia, *op. cit.*, págs. 140 a 142.

del usufructo; c) por extinción mediante negocio jurídico, que requiere el consentimiento de cancelación. La supresión del asiento no tiene efecto retroactivo, y d) si el asiento de contradicción fue inscrito por orden judicial provisional, se extingue al levantarse esta[17].

La anotación preventiva presupone y tiende a asegurar una pretensión personal dirigida a una modificación jurídica real. Puede tener por contenido: a) la atribución de un derecho inmobiliario o de un derecho sobre el mismo; b) la supresión de un derecho inmobiliario o de un derecho sobre el mismo, por ejemplo, si el acreedor hipotecario se comprometió a liberar una finca o parte de ella, y c) la modificación del contenido o del rango de un derecho inmobiliario (C. C., art. 883).

Todo el que tenga una pretensión actual anotable tiene, sin más, un derecho a la anotación preventiva. Esta se inscribe en virtud del consentimiento de inscripción del perjudicado por la anotación preventiva o con ocasión de una medida judicial provisional, y de oficio para asegurar la pretensión de un derecho público contra el Estado (C. C., art. 885 y LRI, art. 76).

En cuanto a los efectos de las anotaciones preventivas, estas garantizan la posibilidad del cumplimiento de la pretensión tal como existía al constituirse la anotación preventiva. Las disposiciones del deudor, sobre la finca afectada o sobre el derecho inmobiliario, siguen siendo posibles aún después de la anotación preventiva, pero son relativamente ineficaces, ineficacia que se produce solo frente a la persona a cuyo favor se ha hecho la anotación preventiva (C. C., art. 888).

El derecho preventivamente anotado sigue siendo un derecho de crédito. La mayor fuerza que se le atribuye es la posibilidad del cumplimiento de la pretensión, que no puede peligrar por otras disposiciones o acontecimientos[18].

63. Inscripciones viciosas e inscripciones sin objeto

Las inscripciones que no debieron ser practicadas pueden ser ineficaces o eficaces, pero prohibidas. Las inscripciones ineficaces no producen los efectos propios de la inscripción, ellas son:

a) Las inscripciones hechas por la oficina de registro que por razón de su contenido no son permitidas; a manera de ejemplo la de un derecho susceptible de inscripción si le faltan los requisitos esenciales, como la hipoteca sin indicación del acreedor. Estas inscripciones carecen de todo efecto jurídico, no producen el derecho inscrito, ni siquiera una apariencia de derecho protegido por la fe pública del registro. Por ello han de cancelarse de oficio.

b) Las inscripciones practicadas por personas no autorizadas o las inscripciones incompletas.

[17] Martin Wolff, *op. cit.*, págs. 292 a 294.

[18] *Idem, ibidem*, págs. 295 a 306.

Toda la documentación que se presenta para la inscripción (llamadas actas protocolares) quedan archivadas en el legajo para cada finca. Pero el principio de fe pública no cubre el archivo, solo el folio real.

En el derecho alemán la persona que demuestre un interés justificado puede acceder al conocimiento inherente a la publicidad formal, expresada por conducto de certificaciones, copias y manifestaciones.

66. Evaluación del sistema

Las bondades del sistema inmobiliario alemán lo colocan como prototipo del sistema perfecto; empero, ha sido objeto de algunas críticas, de las cuales la más importante se refiere al principio del consentimiento. La adopción del negocio dispositivo como negocio abstracto y la eliminación del negocio obligacional constituyen un alarde técnico de poco valor, pero sí perturbador en el terreno de la vida jurídica práctica. El acuerdo abstracto significa: a) una complicación innecesaria en el procedimiento de transmisión de los derechos reales sin la cual puede llegarse a los mismos resultados; b) una sutileza técnica, no impuesta por la naturaleza de las cosas; c) es un mecanismo inútil para la protección del tráfico jurídico inmobiliario, ya que esta protección se obtiene preferentemente mediante la fe pública registral y no por el carácter abstracto de las adquisiciones, y d) una regulación que a pesar de obedecer a una técnica jurídica perfecta es inadecuada a la conciencia jurídica popular.

La persona del tercero protegido, es decir, el destinatario de la fe pública registral, aparece poco configurada, a diferencia de la de otros países como España. Por otra parte, el principio de especialidad tiene sus inconsistencias al aceptarse el folio personal y la hipoteca solidaria.

Lo característico del sistema de registro alemán es que garantiza lo reflejado en sus asientos. El que adquiere de quien aparece en el registro como dueño de la finca, adquiere válidamente, y se hace dueño, a su vez, aunque el dato que publica el folio sea erróneo. En Alemania la inscripción coincide casi siempre con la realidad. Esto se debe al modo de adquirir los derechos reales mediante el acuerdo abstracto e inscripción.

La inscripción no refleja la causa del cambio real, se limita a señalar el hecho de haberse verificado. El folio de cada finca viene a ser una especie de "cuenta corriente" de la misma, donde se consignan, en su lugar, los sucesivos propietarios, y de los cuales cada uno ha de derivar su derecho del anterior; en otras partes, y en la misma forma abstracta, se anotan los gravámenes y su extinción[22].

[22] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 172 a 175; Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, pág. 127; José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, pág. 29.

Capítulo VII

SISTEMA REGISTRAL ESPAÑOL

67. Normas aplicables

La ley hipotecaria de 1861 ha sido modificada en múltiples ocasiones, pero la normativa vigente conserva su espíritu, hasta el punto de que el plan, estructura y gran parte de sus preceptos se aplican en la actualidad. Esta ley regula la mecánica y efectos del registro y el derecho real de hipoteca. Su redacción se inspiró en la ley prusiana, la ley del cantón de Ginebra y la ley belga de 1851, además de los aportes tomados de la tradición española, influenciada por el derecho romano.

Con posterioridad a la ley hipotecaria se dictó el Código Civil de 1889, estatuto que empezó a discutirse en 1836, pero cuya aprobación no fue posible por la oposición de las regiones de derecho floral. Al fracasar la expedición del Código, se dio prelación a la discusión de la ley hipotecaria para poder dar respuesta a la progresiva circulación de la propiedad inmueble. El Código Civil incluyó algunas normas relativas al registro; entre ellas conviene mencionar el artículo 1875 que dio carácter constitutivo a la inscripción de la hipoteca.

La ley hipotecaria de 1861 ha sido reformada por la ley de 21 de diciembre de 1869, la ley de 21 de abril de 1909 y la del 30 de diciembre de 1944, que ordenó una nueva redacción, efectuada el 8 de febrero de 1946. Además es aplicable al registro de la propiedad el Reglamento Hipotecario (R. H.) de 14 de febrero de 1947, modificado por los decretos de 17 de marzo de 1959, 27 de agosto de 1977, 12 de noviembre de 1982 y 21 de diciembre de 1983. Lo expresado sin perjuicio de la incidencia que tienen leyes especiales como la ley del suelo, la legislación de concentración parcelaria, etc.[1].

68. Adquisición de los derechos reales inmobiliarios

Pertenece el derecho español a los países que exigen en la adquisición de los derechos reales la teoría del título y el modo. Conviene transcribir tres de los artículos del Código Civil, que servirán para explicar cómo opera la adquisición o constitución de un derecho real:

[1] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 48 a 52.

Artículo 609. "La propiedad se adquiere por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición".

Artículo 1095. "El acreedor tiene derecho a los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, pero no adquirirá derecho real sobre ella hasta que le haya sido entregada".

Artículo 1462. "Cuando se haga la venta, por escritura pública, el otorgamiento de esta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato".

Para que se produzca el desplazamiento de un derecho real es necesario un contrato de finalidad traslativa seguido de la tradición de la cosa. Solo después del cumplimiento de esos dos requisitos será el acto inscribible en el registro. Así las cosas, para que la inscripción sea posible, es necesario un acto de transferencia, y para que haya transferencia se precisa de un contrato complementado por la tradición. La inscripción no suple la tradición. Por ello la inscripción española es declarativa, porque el derecho real se adquiere extrarregistralmente. No sucede lo mismo con la hipoteca, el derecho de superficie y las servidumbres negativas, donde la inscripción es constitutiva por ser elemento indispensable en la transferencia y constitución del derecho real (C. C., art. 1875 y L. H., arts. 145 y 159).

La tradición en su forma simbólica queda incorporada en la escritura pública por virtud del artículo 1462 del Código Civil, es decir, la tradición se reputa implícita con el mero otorgamiento del instrumento en el que se transcribe el contrato de finalidad traslativa. En consecuencia, el registro no examina la concurrencia de la tradición que se presume o sobrentiende. Por otra parte, si el transferente o constituyente del derecho real lo tiene inscrito, la presunción de posesión establecida en su favor permite inducir que la tradición se ha efectuado, y si el adquirente reúne los requisitos del artículo 34, su adquisición es firme e inatacable aunque el transferente inscrito no tuviese la posesión (L. H., art. 38).

Como puede apreciarse, en las adquisiciones derivadas de negocio jurídico relativas al dominio o derechos reales susceptibles de posesión, no puede haber adquisición sin que al elemento contrato de finalidad traslativa (*titulus*) se le una el elemento tradición (*modus*), de cuyo conjunto surgirá el acto de desplazamiento patrimonial que es el objeto de inscripción. Tal conjunción de elementos ha de estar acreditada en escritura pública que se presenta al registro de la propiedad[2].

69. Principios registrales

En el derecho español son de recibo los principios de rogación, especialidad, legalidad, tracto sucesivo, prioridad, legitimación y fe pública registral.

[2] José Luis Pérez Lasala, *op. cit.*, págs. 35 a 37; Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, págs. 163 a 166.

A) *Principio de rogación*

Los cambios registrales se producen exclusivamente a instancias de parte, o sea que el registrador no puede realizar asientos en los libros si no es a solicitud de quien tenga derecho al asiento o resulte perjudicado por él. Para llegar a practicar los asientos es preciso cumplir una serie de trámites: petición de inscripción, presentación de documentos, calificación del registrador y extensión del asiento, etapas estas que integran el procedimiento registral. Este procedimiento de carácter administrativo es rogado y, por consiguiente, solo puede surtirse a instancias de parte.

El requisito de solicitar la inscripción es absoluto en un doble sentido: a) Sin que medie la petición no puede hacerse ningún asiento aunque el registrador tenga conocimiento de la existencia de títulos inscribibles. Los asientos de oficio son excepcionales; por ejemplo, en la caducidad de asientos de presentación y en la conversión de anotaciones preventivas; b) Solo son practicables los asientos solicitados, en consecuencia, si el título se refiere a varias fincas o comprende dos o más actos inscribibles, podrá pedirse la inscripción de alguno o algunos de ellos.

La petición de la inscripción puede ser expresa, tácita o aun presunta; la expresa puede ser verbal o escrita. La presentación debe hacerse constar inmediatamente en el libro de operaciones del registro. De conformidad con el artículo 6º de la Ley Hipotecaria, la inscripción puede pedirse indistintamente: a) por el que adquiera el derecho que se trata de inscribir; b) por el que lo transmita; c) por quien tenga interés en asegurar el derecho en trámite, y d) por quien tenga la representación de cualquiera de ellos[3].

La inscripción en España por regla general es rogada, voluntaria y declarativa, pero se admiten casos de inscripciones de oficio, forzadas y constitutivas. Es rogada porque la inscripción se produce a instancias de los interesados; voluntaria porque la ley deja a los interesados la posibilidad de inscribir o no sus derechos, y declarativa al publicar una alteración jurídica inmobiliaria que se ha producido antes de la inscripción en la vida real.

B) *Principio de especialidad*

Este principio es básico en los sistemas que configuran la finca como unidad registral. Estudiado este principio desde el punto de vista del sujeto, de la finca y el derecho, encontramos en el derecho español las siguientes particularidades normativas.

En relación con el sujeto, el principio de especialidad postula que el sujeto o los sujetos a cuyo favor se practiquen los asientos o de quienes procedan los bienes, estén debidamente identificados. El artículo 9º.4 de la Ley Hipotecaria dice que toda inscripción que se haga en el registro expresará "la persona natural o jurídica a cuyo favor se haga la inscripción"; el artículo 51.9 del

[3] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, págs. 80 a 90.

Reglamento Hipotecario, señala que la persona natural a cuyo favor se practique la inscripción y aquella de quien procedan los bienes y derechos que se inscriban se determinarán expresando su nombre y apellidos, estado civil, lugar de vecindad, mayoría de edad o el número de años si no ha alcanzado aquella. También se harán constar la profesión, domicilio y número del documento nacional de identidad.

Si el adquirente fuere casado se hará constar el nombre y apellidos del cónyuge y el régimen económico de su matrimonio si lo acredita o manifiesta. Tratándose de personas jurídicas se expresarán su clase, denominación, domicilio, la inscripción del registro correspondiente y los datos de la persona que por ellas intervenga en el acto o contrato. En el caso de que sean varios los titulares del derecho, se determinarán sus cuotas con datos matemáticos (R. H., art. 54).

En relación con la finca, los artículos 9º.1 de la Ley Hipotecaria y 51.1 del Reglamento Hipotecario establecen que en toda inscripción se hará constar la naturaleza, situación y linderos de los inmuebles objeto de inscripción o a los cuales afecte el derecho que deba inscribirse, y su medida superficial, nombre y número, si constaren en el título. Cada finca tendrá desde que se inscriba un número diferente y correlativo. Las inscripciones referentes a una misma finca tendrán otra numeración correlativa y especial (L. H., art. 208).

En relación con el derecho inscrito debe expresarse su naturaleza, extensión, condiciones suspensivas o resolutorias, y el valor, si consta en el título (L. H., arts 9º.2, 3; 12, 119 y R. H., art. 219)[4].

C) *Principio de legalidad*

Para que el registro no se convierta en un órgano de tutela de situaciones injustas o ilegítimas, es indispensable que solo puedan tener acceso los títulos perfectos en su fondo y forma. Por ello es necesaria la previa comprobación de su legalidad: para que solo accedan al registro los títulos válidos y perfectos; este principio actúa mediante la calificación registral.

De conformidad con el artículo 273 de la Ley Hipotecaria la calificación es un acto personalísimo e indelegable del registrador; es una manifestación de la actividad estrictamente jurídica del Estado puesta al servicio de los particulares con una finalidad práctica: conceder o denegar la inscripción. El artículo 18 de la Ley Hipotecaria dice que "... los registradores calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellos y de los asientos del registro".

El artículo 99 establece que los registradores "... calificarán bajo su responsabilidad, la legalidad de los documentos en cuya virtud se soliciten las

[4] CELESTINO A. CANO TELLO, *op. cit.*, págs. 110 a 113.

cancelaciones y la capacidad de los otorgantes, en los términos prevenidos, para las inscripciones". En los artículos transcritos se observa que la calificación española se extiende a la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos, a la capacidad de los otorgantes y a la validez de los actos dispositivos.

Como consecuencia de la calificación el registrador puede admitir, suspender o denegar la inscripción o asiento. En el primer caso, practicará el asiento sin necesidad de fundamentar su decisión, y extenderá una nota al pie del título, firmada por él, en la que expresará la clase de inscripción, el tomo y folio en que se halle, el número de la finca y el de la inscripción (L. H., art. 253). En caso de suspensión o denegación, el registrador devolverá el título a la persona que lo presentó con nota explicativa de la causal (R. H., art. 434).

Las faltas en los títulos sujetos a inscripción pueden ser subsanables e insubsanables; las primeras pueden ser corregidas, las segundas no. Si es subsanable, el registrador suspende la inscripción y extiende anotación preventiva cuando la solicite el peticionario, y manifestará la falta para que retiren el documento y la subsanen durante la vigencia del asiento de presentación. Si no lo recogen o no la corrigen a satisfacción, devolverá el documento para que ejerciten los recursos correspondientes.

Si la falta es insubsanable se deniega la inscripción sin que pueda hacerse anotación preventiva. En este tipo de faltas la publicidad provisional del título es imposible porque viola los principios de inscripción, especialidad, prioridad y tracto, o nociva por prohibición legal[5].

D) *Principio de tracto sucesivo*

Este principio opera en dos sentidos, positivo y negativo. El primero informa que para poder inscribir un acto en el registro, el transferente o disponente debe figurar como titular del mismo. El segundo enseña que debe denegarse la inscripción cuando el acto traslativo lo otorgue quien no es titular registral. Su fundamento está en el aforismo de que nadie puede transmitir más derechos de los que tiene (*nemo dat quod non habet*).

Con respecto a este principio existen tres situaciones en la legislación española: el tracto sucesivo normal, el tracto abreviado y la interrupción y reanudación del tracto. El artículo 20.1 de la Ley Hipotecaria se refiere al tracto sucesivo normal: "Para inscribir o anotar títulos por los que se declaren, transmitan, graven o extingan el dominio y demás derechos reales sobre inmuebles, deberá constar previamente inscrito o anotado el derecho de la persona que otorgue o en cuyo nombre sean otorgados los actos referidos".

El tracto abreviado es permitido excepcionalmente y consiste en que puedan constar en un mismo asiento dos o más actos inscribibles separadamente, como cuando se vende o cede a un coheredero fincas adjudicadas pro-

[5] *Idem, ibidem*, págs. 120 a 126.

indiviso a los vendedores o cedentes, pero en la inscripción tendrá que expresarse la previa adjudicación proindiviso con referencia al título en que así constare (L. H., art. 20.5).

También procede el tracto abreviado "... cuando en una partición de la herencia, verificada después del fallecimiento de algún heredero, se adjudiquen a los que lo fuesen de este los bienes que a aquel correspondían, deberá practicarse la inscripción a favor de los adjudicatarios, pero haciéndose constar en ella las transmisiones realizadas" (L. H., art. 20 último). De igual modo, "... cuando en el título presentado se forme una finca de dos o más, o se segregue parte de alguna con el objeto de enajenarla, se hará una sola inscripción en la que se comprendan la agrupación o segregación y su enajenación" (R. H., art. 49).

Como en el derecho inmobiliario español la inscripción no incide en los efectos modificativos de la realidad jurídica, ya que los cambios operan por fuera del registro, es frecuente la interrupción del tracto al inscribirse una modificación jurídica-real. Esto origina una discordia entre el registro y la realidad, una inexactitud registral. De acuerdo con el artículo 200.1 de la Ley Hipotecaria, "La reanudación del tracto sucesivo interrumpido se verificará mediante acta de notoriedad o expediente de dominio".

El acta de notoriedad es autorizada por notario y homologada por el juez de primera instancia del partido, y se obtiene previo procedimiento que se inicia mediante petición presentada bajo la gravedad del juramento y aportando las pruebas sobre el estado actual de la finca. Esta actuación debe ser notificada a quienes tengan algún interés (L. H., arts. 201 a 203 y R. H., art. 289). El expediente de dominio es un procedimiento judicial que tiene por objeto producir un título previa demostración de la adquisición del dominio por el solicitante[6].

E) *Principio de prioridad*

La necesidad de evitar contradicciones entre los asientos que puedan resultar insolubles justifican este principio. Las contradicciones entre derechos que pueden concurrir se evitan atribuyendo a uno prioridad o preferencia sobre el otro, y en los derechos incompatibles entre sí, negando el acceso al registro de los derechos contradictorios con los ya inscritos. Es la aplicación en el derecho inmobiliario del aforismo *prior in tempore, potior in iure*.

El artículo 17 de la Ley Hipotecaria reza: "Inscrito o anotado preventivamente en el registro cualquier título traslativo o declarativo del dominio de los inmuebles o de los derechos reales impuestos sobre los mismos, no podrá inscribirse o anotarse ningún otro de igual o anterior fecha que se le oponga o sea incompatible, por el cual se transmita o grave la propiedad del mismo inmueble o derecho real".

[6] *Idem, ibidem*, págs. 248 a 256.

"Si solo se hubiera extendido el asiento de presentación, no podrá tampoco inscribirse o anotarse ningún otro título de la clase antes expresada durante el término de sesenta días contados desde el siguiente al de la fecha del mismo asiento".

La prioridad excluyente produce efectos sustantivos y formales. Según los primeros, el adquirente anterior con título no inscrito es perjudicado; según los segundos, una vez registrado un título traslativo no puede registrarse ningún otro título de transmisión o gravamen otorgado con anterioridad a aquel y que sea incompatible con el mismo (L. H., art. 69).

La prioridad relativa se da respecto a derechos reales de posible concurrencia sobre la misma finca; los derechos no se excluyen, pero se jerarquizan en función de su antigüedad, estableciendo un rango preferente en favor de los derechos registrados antes, en virtud de la prioridad en el tiempo.

En el sistema español el rango del derecho se determina en función del momento de ingreso del título al registro. Los artículos 24 y 25 de la Ley Hipotecaria preceptúan: "... se considera como fecha de la inscripción para todos los efectos que esta pueda producir, la fecha del asiento de presentación, que deberá constar en la inscripción misma". "Para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una finca, se atenderá a la hora de presentación en el registro de los títulos respectivos". Como estos artículos no son normas de orden público, existe la posibilidad de disponer del rango, al amparo del principio de la autonomía de la voluntad del artículo 1255 del Código Civil. La negociación del rango se realiza mediante la reserva, permuta o posposición.

La reserva es la atribución de un rango determinado a un derecho de constitución futura, en virtud de un negocio jurídico, de tal forma que el rango no es el resultado de la estricta cronología, sino del acuerdo de las partes (resolución de 5 de febrero de 1915 de la dirección general).

En la permuta hay dos derechos inscritos, cada uno con su respectivo rango. La alteración consiste en el cambio de puesto de dos derechos reales ya inscritos, de modo que cada uno de ellos pasa a ostentar el rango del otro. El negocio jurídico se produce entre los titulares de los respectivos derechos sin que sea necesario el consentimiento de los titulares intermedios, que no podrán ser perjudicados contra su voluntad. La posposición es análoga a la permuta, pero solo está inscrito el derecho cuyo rango disminuye; la posposición se hará constar en nota marginal (R. H., art. 241)[7].

F) *Principio de legitimación*

Mediante este principio el registro de la propiedad se presume exacto mientras no se demuestre lo contrario. Los artículos 1º.3, 38 y 97 de la Ley Hipotecaria lo consagran en los siguientes términos:

[7] *Idem, ibidem*, págs. 243 a 248.

Artículo 1º.3. "Los asientos del registro practicados en los libros que se determinan en los arts. 238 y ss., en cuanto se refieran a los derechos inscribibles, están bajo la salvaguardia de los tribunales y producen todos sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos en la ley". Así las cosas, el registro se presume exacto y para destruir la presunción ha de impugnarse su contenido ante los tribunales, y tendrá la carga de la prueba el que pretenda impugnar la inexactitud registral.

Artículo 38. "A todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el registro existen y pertenecen a su titular registral y que le pertenecen en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo, se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos". Por su parte, el artículo 97 se refiere a las cancelaciones: "cancelado un asiento se presume extinguido el derecho a que dicho asiento se refiere".

Conviene detenernos en la última parte del artículo 38, la presunción posesoria se extiende al dominio y a los derechos reales que llevan implícita la posesión sobre las cosas objeto de los mismos, como el usufructo, el uso, habitación, etc.; la ley pretende que el titular registral sea considerado como efectivo poseedor y tratado como tal. Surte, por lo tanto, efectos legitimadores.

Correlativamente, en materia de usucapión, dice el artículo 35 de la Ley Hipotecaria: "... a los efectos de la prescripción adquisitiva en favor del titular inscrito, será justo título la inscripción, y se presumirá que aquel ha poseído pública, pacífica, ininterrumpidamente y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento y de los de sus antecesores de quienes traiga causa".

En el capítulo relativo a los principios de legitimación y fe pública registral, se estudiaron estos principios con cierto detalle, y nos remitimos a ellos por cuanto la bibliografía consultada correspondió a tratadistas españoles, pero nuestras referencias se limitan a las normas de mayor significación. Por lo pronto, basta recordar que la legitimación tiene importancia procesal y probatoria[8].

G) *Principio de fe pública*

El artículo 32 de la Ley Hipotecaria, reproducido por el artículo 606 del Código Civil, establece la eficacia negativa del registro: "... los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el registro de la propiedad no perjudican a tercero".

El tercero hipotecario español es el titular registral que ha adquirido su derecho de otro titular registral, a título oneroso y de buena fe. El artículo 34 de la Ley Hipotecaria dice: "... el tercero que de buena fe adquiera a título

[8] *Idem, ibidem*, págs. 262 a 271.

oneroso algún derecho de persona que en el registro aparezca con facultades para transmitirlo será mantenido en su adquisición, una vez que haya inscrito su derecho, aunque después se anule o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en el mismo registro.

"La buena fe del tercero se presume siempre, mientras no se demuestre que conocía la inexactitud del registro.

"Los adquirentes a título gratuito no gozarán de más protección registral que la que tuviere su causante o adquirente".

Del precepto transcrito se infieren los elementos esenciales del concepto de tercero: a) adquisición de buena fe; b) a título oneroso; c) de un titular inscrito, y d) que el adquirente inscriba su derecho. La consecuencia fundamental es la protección que dispensa a los titulares registrales que merecen la calificación de terceros por reunir los requisitos. Esta protección consiste en ser mantenido en su adquisición haciendo inatacable su derecho. El contenido del registro es verdad para ellos, en correspondencia a la confianza puesta en el mismo, sin que pueda desvirtuarse con una prueba en contrario.

Por otra parte, el artículo 37 de la Ley Hipotecaria preceptúa que "... las acciones rescisorias, revocatorias y resolutorias no se darán contra tercero que haya inscrito los títulos de sus respectivos derechos conforme a lo prevenido en esta ley".

Por último, conviene tener en cuenta que la inscripción española no convalida los actos y contratos que sean nulos con arreglo a las leyes (L. H., art. 33). La falta de efectos convalidantes de la inscripción se da respecto a las partes del negocio jurídico nulo y respecto de sus causahabientes que no tengan la condición de terceros registrales, por lo que la inscripción no impide que la nulidad sea declarada judicialmente. Mientras esta no se declare, juega en favor de la inscripción el principio de legitimación[9].

70. La finca y el folio real

La finca registral la determina una circunstancia puramente formal, como es la de figurar una cosa o un derecho inmueble como objeto de un folio registral: es finca todo a lo que se abre folio en el registro. No se exige una unidad local, pero sí una conexión económica.

El registro de la propiedad español fundamenta la organización de la publicidad en la finca —objeto duradero, fijo, naturalmente visible y tangible— y no en el propietario, que puede cambiar. Cada finca es inscrita en el registro en folio aparte con un número especial donde se agrupan todos los actos que hacen relación al inmueble y definen su situación jurídica.

[9] *Idem, ibidem*, págs. 271 a 282.

A) *Inmatriculación e inscripción*

La inmatriculación es el acceso o entrada de una finca en el registro de la propiedad. La inmatriculación se efectúa mediante la práctica de un asiento, que es el de primera inscripción del dominio a favor del inmatriculante. La primera titularidad que el registro debe publicar es el dominio (L. H., art. 7º).

Una de las fallas del sistema español reside en la inmatriculación de fincas. En algunas ocasiones ingresan predios al registro con meras declaraciones de los interesados, sin ningún dato catastral, y por ello no es raro que se inmatriculen fincas inexistentes o con extensiones, linderos, etcétera, no ajustados a la realidad o se presenten dobles inmatriculaciones. Según el artículo 199 de la Ley Hipotecaria, las inmatriculaciones de fincas que no estén inscritas a favor de persona alguna se practicarán: a) mediante expediente de dominio; b) mediante el público título de su adquisición, complementado cuando no se acredite de modo fehaciente el título adquisitivo del transferente o enajenante, y c) mediante el certificado a que se refiere el artículo 206.

Además de los medios legales enumerados en el artículo 199 de la L. H. han de tenerse en cuenta: 1) las leyes especiales con arreglo a las cuales fueren directamente inscribibles determinados títulos; 2) la inscripción de concesiones administrativas, y 3) las sentencias firmes declarativas de dominio.

El expediente de dominio es un procedimiento judicial que sirve, entre otras finalidades, para inmatricular fincas, y tiene por objeto la declaración de una autoridad judicial en el sentido de que el promotor o solicitante ha justificado la adquisición del dominio de una finca. No persigue la acreditación de propietario, sino simplemente que adquirió su propiedad. En consecuencia, conseguida la declaración judicial, no hay obstáculo para que pueda iniciarse, por quien se considere lesionado, un juicio declarativo a fin de que la sentencia niegue que el dominio le pertenece al solicitante o promotor del expediente.

El expediente de dominio puede servir para tres finalidades diversas: inmatriculación de fincas, reanudación del tracto sucesivo e inscripción de excesos de cabida. Con respecto a la primera, si el juzgado considera acreditada la adquisición del dominio, dictará un auto en este sentido, que será título suficiente para la inscripción.

Los títulos públicos de adquisición destinados a obtener la inmatriculación son otorgados por personas que acreditan de modo fehaciente la adquisición del derecho con anterioridad a la fecha en que se emiten. El registrador con base en los documentos presentados publica edictos en el ayuntamiento donde está radicada la finca (L. H., arts. 199 y 205). Si el título de adquisición no es público puede sustituirse por el acta de notoriedad que se incorpora al título; cumplido este requisito procede la inmatriculación.

El certificado del artículo 206 de la Ley Hipotecaria es a lugar cuando el Estado, la provincia, el municipio, las corporaciones de derecho público o los servicios organizados que forman parte de la estructura política o de la Iglesia católica, carecen de título escrito de dominio; en tal caso pueden inscribir los bienes inmuebles que les pertenezcan mediante la oportuna certificación librada por el funcionario a cuyo cargo esté la administración de los mismos, en los que se expresará el título de adquisición o el modo en que fueron adquiridos.

Mientras que en Alemania y Suiza el ingreso de la finca en el registro supone un procedimiento destinado a asegurar la identificación de la misma con datos topográficos —lo importante es saber cómo es la finca y no a quién pertenece—, en el derecho español las fincas ingresan al registro sin garantía suficiente en cuanto a su existencia y características.

B) *Finca normal y fincas especiales*

En España se distingue entre finca normal y fincas especiales, para efectos de inmatriculación. La primera es un trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común. Las segundas son aquellas que sin reunir las características de fincas normales, reciben el mismo tratamiento en la apertura del correspondiente folio registral. Son fincas especiales: a) las fincas discontinuas; b) el dominio directo sobre varias fincas dadas en foro; c) la propiedad horizontal; d) las fincas destinadas a garaje o estacionamiento; e) el agua, y f) las concesiones administrativas de naturaleza inmobiliaria.

Las fincas discontinuas están formadas por varias parcelas no colindantes, pero susceptibles de hoja registral única. A manera de ejemplo tenemos las explotaciones agrícolas, con casa de labor o sin ella, que formen una unidad orgánica y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí (L. H., art. 82). También se inscribe como una sola finca el dominio directo sobre varias fincas dadas en suerte o foro a diferentes colonos, siempre que reconozcan un dueño directo o varios proindiviso (L. H., art. 8º.1). En igual forma se procede con la propiedad horizontal (art. 8º.4).

En las fincas destinadas a garaje o estacionamiento se efectúa la inmatriculación cuando se inscribe la transferencia de una cuota indivisa que habilitará el uso de uno o más espacios determinados; en tal caso, podrá abrirse folio independiente que conservará el número de la finca matriz y el correlativo de cada cuota (R. H., art. 68).

Las aguas de dominio privado constituyen una finca y son inscritas con independencia del terreno que ocupan o del fundo donde nacen. En la inscripción se observan las reglas generales, debe indicarse la naturaleza de las aguas y su destino, la figura regular o irregular de su perímetro, la situación por sus puntos cardinales si fuere posible y todas las circunstancias que permitan su individualización (R. H., art. 66).

Las concesiones administrativas de obras públicas y de servicios públicos que afecten bienes inmuebles se inscriben a favor del concesionario con la

extensión y condiciones que resulten del título (R. H., art. 31). Son concesiones administrativas, entre otras, las de aguas, minas, ferrocarriles, explotaciones industriales destinadas a la producción y distribución de energía eléctrica, etc.

C) *Alteración de fincas*

La finca inscrita en el registro bajo un folio puede sufrir una de las siguientes alteraciones: agrupación o agregación, segregación o división. La agrupación o agregación consiste en la unificación de dos o más fincas inscritas para formar una nueva; esta operación puede ser con fincas colindantes o discontinuas. En el registro se inscribe como finca nueva la que resulte de la agrupación, y se deja constancia al margen de cada uno de los folios de las fincas reunidas (R. H., art. 45).

En la segregación se separa una parte de una finca para constituir una nueva; ello ocurre cuando se enajena o grava una porción de un predio. La finca nueva se inscribe con un número diferente, expresándose esta circunstancia en el folio de la finca matriz. La división es una operación por la que una finca inscrita se divide en dos o más porciones, formando fincas nuevas (R. H., arts. 46 y 47). De acuerdo con el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, todas las operaciones de agrupación, agregación, división, segregación se efectúan por escritura pública[10].

71. Actos y derechos inscribibles

La legislación hipotecaria española habla indistintamente de inscripción de fincas o inmuebles, de títulos, de derechos o de inscripción de actos o contratos. En realidad es un registro de títulos en sentido material o sustantivo, pues no recibe derechos puros, sino los actos que los crean, modifican o extinguen, o, mejor dicho, que sirvieron de título a una situación jurídico-real.

Si lo que tiene acceso en el registro son los actos o títulos, lo que el registro publica son derechos, o, más exactamente, las titularidades. Por ello conviene distinguir entre lo que es objeto de la inscripción, primeramente los actos, y lo que es objeto de la publicidad registral: los derechos. En este último sentido puede decirse que el registro español es un registro de derechos que recibe títulos en sentido material (compraventa, donación, etc.) y de esta forma, lo que en verdad se inscribe, en cada cambio real es el título.

Los artículos 2º de la Ley Hipotecaria y 7º del Reglamento Hipotecario determinan los actos inscribibles: a) todo hecho, acto o negocio jurídico *inter vivos* que directamente o por causa de su acceso al registro determine cambios reales inmobiliarios; b) las adquisiciones *mortis causa*; c) las adquisiciones en

[10] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, págs. 61 a 75; Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, *op. cit.*, págs. 268 a 274.

virtud de expropiación; d) las adquisiciones originarias de la propiedad por prescripción u ocupación; e) los actos declarativos, como la división voluntaria o judicial de un inmueble, y f) los actos que originan anotaciones preventivas.

La regla general es que al registro acceden los actos o títulos que versen sobre derechos reales inmobiliarios, pero los artículos 2º a 5º de la Ley Hipotecaria permiten la inscripción de los contratos de arrendamiento por un período de más de seis años o aquellos en los cuales se haya anticipado las rentas de tres años o más, o cuando sin ocurrir ninguna de estas circunstancias, hubiere convenio expreso de las partes para inscribirlos. También es inscribible el derecho de retorno de los arrendatarios a la finca una vez reedificada, mediante nota al margen de la inscripción de la finca que se reedifique. Es inscribible el pacto de opción de compra y los estatutos de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal.

Por último, son inscribibles las titularidades fiduciarias, las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar, la ausencia, el fallecimiento y cualesquiera otras por las que se modifique la capacidad civil de las personas en cuanto a la libre disposición de sus bienes (L. H., art. 2º)[11].

72. Procedimiento registral

Según el artículo 33 del Reglamento Hipotecario "... se entiende por título, para los efectos de la inscripción, el documento o documentos públicos en que funde inmediatamente su derecho la persona a cuyo favor haya de practicarse aquella y que hagan fe, en cuanto al contenido que sea objeto de la inscripción, por sí solas o con otros complementarios, o mediante formalidades cuyo cumplimiento se acredite".

Son documentos inscribibles los notariales, judiciales y administrativos. Los requisitos o presupuestos previos para que se inicie el procedimiento registral son la alteración de la realidad jurídica extrarregistral y su constitución documental pública. En el procedimiento se distinguen tres fases: a) la fase de iniciación constituida por la solicitud de inscripción, la presentación de títulos y la práctica del asiento de presentación; b) la fase de calificación, y c) la fase de inscripción.

Presentado el documento en día y hora hábil, se extenderá en el libro diario correspondiente asiento de presentación, y se expresará el día y la hora de la misma, que constituye el momento inicial del procedimiento registral y de los efectos de la inscripción (L. H., art. 24). Si el registrador niega la práctica del asiento de presentación, el interesado puede acudir en queja al juez de primera instancia, quien oirá al registrador y decidirá lo precedente. El asiento

[11] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, págs. 83 a 96; Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, *op. cit.*, págs. 274 a 282.

de presentación tiene un plazo de vigencia de sesenta (60) días y dentro de ese término procede el desistimiento por parte de los interesados (R. H., arts. 420 y 433).

Presentados los títulos en el registro y practicado el asiento de presentación, el registrador debe formular un juicio sobre la legalidad de la pretensión, la validez y eficacia jurídica real de los actos contenidos en los documentos y la corrección formal de estos. Contra la calificación del registrador pueden interponerse los correspondientes recursos o corregirse las fallas subsanables. Al registrador se le concede un plazo de quince días, o treinta días con justa causa, para calificar. La calificación practicada después, pero dentro de los sesenta días, es válida (R. H., art. 429).

Si la calificación del registrador es favorable a la inscripción, se procederá a la práctica del asiento solicitado, que deberá contener las circunstancias que en cada caso señala la ley y el reglamento hipotecario. Si el registrador niega la inscripción, el interesado puede interponer el recurso gubernativo y el mal llamado recurso judicial.

El recurso gubernativo debe interponerse por escrito dirigido al presidente de la audiencia territorial, acompañado de los documentos calificados dentro del plazo de cuatro meses (R. H., art. 113). La resolución del presidente ordenará, denegará o suspenderá la inscripción, previo procedimiento, e impondrá las costas al recurrente o al registrador (R. H., art. 118). La decisión es apelable ante la Dirección Nacional de los Registros y del Notariado, sin sustanciación alguna. El recurso judicial puede ser interpuesto junto con el gubernativo u optar por uno de ellos, pero en el judicial que es tramitado por los tribunales no es parte el registrador, solo lo promueven los interesados para confrontar entre sí la validez o nulidad de los títulos a que se refiere la calificación registral[12].

73. Asientos que se practican

En el registro hipotecario español se practican los siguientes asientos: a) de presentación; b) de inscripción; c) anotación preventiva; d) nota marginal; e) de mención, y f) de cancelación.

Los dos primeros han sido objeto de comentarios; solo resta tener en cuenta que el asiento de presentación se practica en el libro diario para hacer constar el ingreso de un título en el registro. A partir de ese momento se inicia la actuación y produce efectos; la fecha de inscripción es la fecha del asiento de presentación. Su duración es de sesenta días, prorrogables por sesenta días más si se toma anotación preventiva por defecto subsanable, y hasta por ciento ochenta si esta se prorroga.

[12] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 114 a 133.

El asiento de inscripción se practica en los libros respectivos y tiene por objeto hacer constar la constitución, transmisión o modificación de un derecho inscribible. Consiste en un extracto de las menciones más importantes del título y debe practicarse dentro de los treinta (30) días siguientes a la presentación; termina con la firma del registrador.

La anotación preventiva sirve para advertir la existencia de una causa que bien puede modificar un derecho real; por ejemplo, una demanda declarativa de una titularidad distinta de la registral, o una ejecución sobre los bienes inscritos (embargo), o la anotación de un derecho hereditario o de legado en vías de formación. Su objeto es debilitar la presunción de exactitud del registro y el principio de fe pública. Los bienes inmuebles o derechos reales con anotación preventiva podrán ser enajenados o gravados, pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se hizo la anotación (L. H., art. 71). Las anotaciones de prohibición de disponer producen el cierre del registro. Las anotaciones preventivas caducan en cuatro años, pero también se extinguen por cancelación o conversión en inscripciones (L. H., art. 77).

La nota marginal se practica al margen de otro asiento y tiene distintas finalidades. Es accesoria, pues exige un asiento principal, y solo es practicable cuando se presenta una de las causales establecidas taxativamente en la ley. Se clasifica en modificativa, sustitutiva y de oficina. Las primeras se practican a instancia de parte y tienen como función la de constatar una alteración del asiento principal que por sí misma es insuficiente para provocar una inscripción, ellas son: a) la aceptación de hipoteca constituida unilateralmente (L. H., art. 141); b) el cumplimiento de condiciones (L. H., arts. 23 y 143); c) la iniciación del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria (L. H., arts. 2º y 131.4); d) el cambio de domicilio del deudor hipotecario (L. H., art. 130), y e) la modificación de hipoteca (L. H., art. 144).

Los asientos marginales sustitutivos son verdaderas inscripciones, anotaciones o cancelaciones, entre ellos se encuentran los siguientes: a) nota de subrogación de hipoteca (R. H., art. 231); b) notas de afectación fiscal; c) nota expresiva de doble inmatriculación (R. H., art. 313), y d) nota cancelatoria del asiento de presentación; etc.

Las notas modificativas tienen como efecto la publicación de la alteración del asiento principal o la constatación del cumplimiento o incumplimiento de una condición de efectos convalidadores o extintivos en relación con el derecho. Las notas sustitutivas surten los mismos efectos del asiento al cual sustituyen, y las notas de oficina tienen efectos de coordinación.

La mención es una referencia expresa, hecha en un asiento de inscripción o anotación preventiva, de la existencia de un derecho, carga o gravamen (publicidad formal, organización, evaluación) que se haya aludido, pero no constituido, en el título inscrito o anotado.

El asiento de cancelación tiene por objeto la extinción de otro. Son sus características el ser un asiento negativo, pues su único fin es la extinción de

un asiento anterior; la de ser accesorio, puesto que su existencia depende de otro asiento; y la de ser definitivo, ya que sus efectos se producen de manera absoluta[13].

74. Inexactitud y corrección de las inscripciones

La inexactitud es todo desacuerdo que con respecto a los derechos reales inscribibles exista entre el registro y la realidad jurídica. La inexactitud puede afectar al sujeto (doble inmatriculación o inscripción a favor de persona distinta del titular real), al objeto (destrucción de la cosa o falta de coincidencia en la descripción) o a la relación jurídica (falsedad o nulidad del título o de parte de su contenido, etc.).

La rectificación del registro tiene por objeto poner de acuerdo el contenido del registro con la realidad jurídica extrarregistral. En el caso de retraso en la inscripción, la rectificación se produce por la práctica de aquella; si se trata de una inscripción indebida, mediante la cancelación, y en caso de asiento equivocado, mediante la correspondiente rectificación. Está legitimado para solicitar la rectificación, el titular del dominio o del derecho real que no esté inscrito, que lo esté erróneamente o que resulte lesionado por el asiento inexacto (L. H., art. 40.1).

Si la inexactitud proviene de no haber tenido acceso al registro alguna relación jurídica inmobiliaria, la rectificación tiene lugar por: a) la toma de razón del título correspondiente, si hubiere lugar a ello; b) por la reanudación del tracto sucesivo, y c) por la resolución judicial, ordenando la rectificación.

Cuando la inexactitud debe su origen a la extinción de algún derecho inscrito o anotado, la rectificación se hará mediante la correspondiente cancelación o en virtud del procedimiento de liberación. Pero si la inexactitud procede de falsedad, nulidad o defecto del título que hubiere motivado el asiento y, en general, de cualquier otra causa, la rectificación precisará el consentimiento del titular o, en su defecto, resolución judicial[14].

75. Aspecto formal del registro

El registro inmobiliario se lleva en oficinas públicas denominadas registro de la propiedad, cuya organización y reglamentación es unitaria en todo el territorio español, que para la prestación del servicio son divididas en demarcaciones registrales (L. H., arts. 274 y 275). Los registradores de la propiedad son funcionarios públicos, pero en razón de las características de su actividad

[13] José Luis Lacruz Berdejo, *op. cit.*, págs. 103 a 115 y 245 a 250; Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 230 a 241.

[14] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 283 a 290.

su régimen es diferente a cualquier tipo de funcionario administrativo. Es un jurista de altas calidades profesionales, dueño de la oficina que percibe honorarios de los particulares.

El cuerpo de registradores de la propiedad integra un escalafón oficial, formado por orden de antigüedad. El ingreso al cuerpo se efectúa mediante oposición, los opositores aprobados constituyen el cuerpo de aspirantes y son nombrados conforme van quedando vacantes. Para posesionarse debe constituir fianza que cubra los posibles perjuicios ocasionados en uso de sus funciones (L. H., arts. 277 a 284).

La función del registrador es calificar los títulos presentados para determinar si son o no inscribibles. El recurso previsto contra su calificación o negativa se da para ante el presidente de la audiencia territorial; se ciñe al examen de las cuestiones que se relacionan con la calificación y se limita a ordenar, denegar o suspender la inscripción. No caben recursos de esta índole sobre inscripciones practicadas, ya que estas se encuentran bajo la salvaguardia de los tribunales. Los registradores y recurrentes podrán apelar para ante la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Los registros de la propiedad dependen del Ministerio de Justicia. Todos los asuntos a ellos referentes están encomendados a la Dirección General de los Registros y del Notariado, organismo que está integrado por un director general, un cuerpo especial facultativo compuesto de subdirector, oficiales y auxiliares letrados y por personal administrativo. Ejerce entre otras funciones la inspección y vigilancia de todos los registros de la propiedad, resuelve los recursos de apelación contra las calificaciones de los títulos hechas por los registradores de la propiedad y sirve de organismo unificador de la jurisprudencia registral (R. H., art. 438 y L. H., art. 260).

En el registro de la propiedad español se llevan los siguientes libros: libro de inscripciones, diario de operaciones de registro, libro de incapacidades, índice de fincas e índice de personas, libro de estadística, libro especial de anotaciones de suspensión de mandamientos judiciales y administrativos, libro de inventarios, libro registro de entradas y los libros y cuadernos auxiliares que estime el registrador necesarios para la organización y funcionamiento de la oficina (R. H., art. 362).

En virtud de que el registro es público la información que maneja es consultable por quien tenga interés conocido en averiguar el estado de los bienes inmuebles o derechos reales inscritos; la ley ha establecido los medios para hacer efectivo el principio de publicidad formal. Desde esta perspectiva el contenido del registro puede conocerse por: a) La exhibición de los libros o por nota informativa simple que no tiene el valor ni la garantía de la certificación (R. H., arts. 332 y 334). b) Por certificaciones, que consisten en traslados, bajo la fe del registrador, del contenido total o parcial de los asientos del registro. Tienen el valor de documento público, pero además solo con ellas

puede acreditarse, en perjuicio de tercero, la libertad o gravamen de los inmuebles o derechos reales (L. H., arts. 223 a 225)[15].

76. Evaluación del sistema

El sistema registral español se fundamenta en un registro de títulos, se ordena por fincas, controla la primera inscripción, regula el tracto sucesivo, etc. Sin embargo, la publicidad tiene sus propias limitaciones, ya que cumple de forma imperfecta la función de un registro de fincas, por carecer de un medio efectivo de control de la identidad del predio que accede al registro. El problema radica en la falta de un sistema catastral y topográfico fiable.

Los principios de legitimación y fe pública registral funcionan de un modo imperfecto por las dificultades de identificación y delimitación de las fincas registrales. La doble inmatriculación se presenta con alguna frecuencia y es muy difícil determinar, a partir de la finca, cuál es el propietario, o si se encuentra realmente inmatriculada. La primera inscripción de propiedad, llamada también inmatriculación, accede al registro sin un auténtico control de la propiedad real del inmatriculante, con lo que el acceso al registro puede utilizarse como vehículo de creación de titularidad cuando esta es defectuosa o inexistente. La falta de concreción de la identidad material de la finca dificulta la utilización del registro de la propiedad como instrumento de planificación y actividad administrativa.

[15] Luis Díez-Picazo y Antonio Gullon, *op. cit.*, págs. 357 a 360; José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, págs. 267 a 283.

Capítulo VIII

OTROS SISTEMAS REGISTRALES: AUSTRALIA, SUIZA, ITALIA, ARGENTINA

Sección I. *Australia o sistema Torrens*

77. Origen y características del sistema

Antes de 1857 las colonias inglesas de Australia estuvieron sometidas al mismo régimen inmobiliario de la metrópoli. La adquisición y transmisión del dominio de los bienes inmuebles se llevaba a efecto mediante contratos de transmisión suscritos por las partes, que para ser oponibles a terceros tenían que ser inscritos en la oficina del registrador general.

Sir Robert Richard Torrens ideó un nuevo sistema que, propuesto al parlamento australiano, fue aprobado el 27 de enero de 1858 y entró en vigor en 1859, con el nombre de *Real Property Act*, conocido en el ámbito registral con la denominación de Acta de Torrens; posteriormente fue modificada en 1886 y 1893. Tiene su fuente en los sistemas hipotecarios de Bremen y Hamburgo, caracterizados por la expedición de títulos fácilmente transmisibles (*Hand festen*), previa liberación de las fincas por medio de sistemas provocatorios; también tuvo influencia la *appropriance*, de Bretaña.

El sistema australiano está dirigido a la constitución de los derechos reales; y sus principales características son las siguientes:

a) Tiene por fin la constitución o transmisión del dominio y los derechos reales; los medios jurídicos establecidos tienen carácter constitutivo, y por su propia naturaleza cumplen, además, un fin de publicidad.

b) Estas formas constitutivas no tienen como misión dar vida entre las partes interesadas al dominio o al derecho real correspondiente. El dominio se concede directamente por medio de un procedimiento provocatorio y de publicaciones, el adquirente queda en la misma situación que si hubiera adquirido su derecho originariamente, sin enlace jurídico con el propietario anterior; por eso se concede el dominio libre de carga y limitación.

c) La seguridad del tráfico jurídico es absoluta en cuanto el adquirente originario no puede nunca ser afectado por vicios de otro propietario anterior; la fe pública es innecesaria, pues supone una adquisición derivativa.

d) La protección del registro es absoluta y se extiende al título de propiedad que expide el registro, que tiene el valor y los caracteres de un título real.

e) La transmisión y gravamen es sencilla y facilita considerablemente la movilización de la propiedad[1].

78. Descripción del sistema

El sistema descansa sobre dos conceptos fundamentales: la inmatriculación y el título real. La inmatriculación es la incorporación de las fincas al régimen de registro y es el punto de partida de la aplicación del sistema. Torrens estableció la inmatriculación como voluntaria; solo era obligatoria para los terrenos comprados a la corona o concedidos por esta, pero con el tiempo se estableció como obligatoria en algunas colonias.

Para acceder a la inmatriculación es necesario un procedimiento que consta de las siguientes etapas: a) solicitud del interesado acompañada de los títulos justificativos del derecho, un plano de la finca y una libranza por el importe de los gastos y honorarios de la inmatriculación; b) estudio y calificación en la oficina de la documentación aportada, constatación de la identificación del inmueble y de la existencia del derecho mediante el estudio de los títulos; c) resolución de inmatriculación proferida por una comisión presidida por el registrador general si se cumplen los requisitos legales; d) edicto y notificaciones. Los edictos se publican en periódicos oficiales y particulares; las notificaciones a los colindantes a fin de que formalicen oposiciones a la inmatriculación, y e) inmatriculación de la finca. Para tal efecto se redacta el título de propiedad por duplicado. Uno de los ejemplares queda en la oficina para formar el libro de registro; el otro ejemplar se entrega al interesado y es el título de dominio.

En el sistema Torrens, el propietario que quiere colocar un inmueble bajo el régimen debe dirigir una solicitud al registrador con la designación del inmueble, su naturaleza, linderos, nombre y domicilio de los propietarios colindantes, cargas que lo gravan y justificación del consentimiento de los que tengan derechos sobre este, adjuntando los *deeds* (títulos o instrumentos) en los que consten sus derechos y un plano levantado por el agrimensor autorizado. El registrador comprueba el cumplimiento de todos los requisitos formales y ordena someter la solicitud a una doble comprobación: la primera de orden físico, a cargo de la oficina topográfica, donde se verifica si los linderos son claros y si no hay superposición de áreas con las propiedades vecinas.

Practicada la comprobación geodésica, la solicitud pasa a los funcionarios encargados de investigar el aspecto jurídico de la inmatriculación. Los comisarios de títulos, con la presidencia del registrador general, admiten o rechazan la solicitud. Si se admite, se fija un plazo que varía entre dos y tres años, según el país, en espera de que los eventuales perjudicados se opongan. Para tal efecto se publica en periódicos y se notifica a los colindantes.

[1] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. I, págs. 188 y 189.

Si la inscripción no presenta oposición o esta es rechazada, se tendrá por definitiva y se entregará al propietario un "certificado de título", que es la reproducción fiel del folio correspondiente del registro e incluye el plano del inmueble. La *Real Property Act* establece que todo certificado de título debidamente expedido "... hará fe de que la persona designada está realmente investida de los derechos en él especificados". Este certificado debe marchar siempre de acuerdo con el registro y, por eso, se ha establecido que no existirá derecho alguno sobre el inmueble que no haya sido a la vez inscrito en el registro y en el certificado.

A) *El título de dominio*

El sistema australiano descansa, entre otros aspectos, sobre el duplicado del título que se entrega al interesado, en el cual se centra la protección absoluta del titular. Las características del título de dominio son las siguientes: a) el título se expide a nombre del Estado; b) el título de dominio es inatacable, y c) el título de dominio es un título real.

El adquirente, en virtud de este título, pierde todo contacto o relación jurídica con los propietarios anteriores. Dominado el sistema por la idea de la concesión de terrenos coloniales, la adquisición se considera como una verdadera adquisición originaria, no derivativa, sin más garantía que la del Estado concedente del derecho. De esta característica se derivan los siguientes efectos: 1) La propiedad que se atribuye por la inmatriculación se adquiere libre de toda carga y limitación, no está sujeta a ningún gravamen que no conste en el mismo título de inscripción. 2) No existe más título de propiedad que el expedido por el registro: los títulos anteriores quedan sin valor ni eficacia. De ahí que la persona favorecida con el título queda amparada de toda posible causa de evicción. 3) Si la inmatriculación es errónea o fraudulenta produce perjuicios, el Estado concedente debe repararlos. Además, el propietario que inmatricula paga un seguro inmobiliario y con esta suma se forma un fondo de previsión para cubrir las indemnizaciones.

El hecho de que el título sea inatacable no implica la existencia del principio de fe pública registral al modo de los sistemas germánicos, sino en términos más rigurosos y absolutos. El título de dominio hace fe en justicia de su contenido y es prueba de que la persona en él indicada es titular del derecho correspondiente. De lo expresado surgen las siguientes características: a) Es general, ya que se aplica sin distinción de partes y terceros a toda persona, incluso al propietario anterior. b) Es absoluto, pues contra lo establecido en el título no se admite prueba en contrario. c) Es permanente, pues el título es irrevocable y mantiene en todo momento, cualquiera que sea el tiempo transcurrido y las mutaciones de propiedad realizadas, el mismo valor que tenía en manos

de su primer titular. d) Es exclusivo, el título contiene toda la realidad jurídica, por lo que si existiera alguna discordancia debe rectificarse lo que aparezca en el mundo exterior para ponerlo en consonancia con lo que el título declara tanto en el aspecto jurídico como en el físico.

El título de dominio es un título real, ya que su tenencia equivale a la del inmueble y las negociaciones del mismo producen idénticos efectos que si se hubieren hecho directamente con aquel. La consecuencia de la naturaleza del título puede observarse en: la movilización de la propiedad inmueble, que queda incorporada al título y puede ser negociada con las mismas facilidades que una cosa mueble. El título real facilita la transmisión y gravamen de los inmuebles, que se opera con extraordinaria facilidad.

B) *Transmisión de los derechos reales*

En el sistema Torrens el procedimiento para las transmisiones es muy sencillo y ni siquiera requiere la intervención de escribano. Basta con enviar al registro el certificado del título, acompañado de un memorándum redactado en formulario de acuerdo con modelos preestablecidos, en el que las partes hacen constar la enajenación y lo suscriben haciendo legalizar las firmas por un juez de paz u otro funcionario autorizado. La remisión puede hacerse aun por correo. El documento es examinado en sus aspectos formales, también se verifica si las partes tienen capacidad legal para contratar.

Si no hay obstáculo legal para la enajenación, y esta es total, se procede a inscribir las constancias pertinentes en la hoja de registro correspondiente al inmueble, entregándose al adquirente un nuevo certificado o el mismo anterior endosado por el enajenante. Si la enajenación es parcial, se abre a la parcela desglosada una nueva hoja de registro y se expide un nuevo certificado al adquirente y otro por el saldo al enajenante, a menos que este se conforme con el antiguo, anulado en cuanto a la parcela que se ha desprendido.

El procedimiento en el caso de constitución de gravámenes es semejante. El memorándum se redacta en doble ejemplar, uno de ellos es entregado al titular del gravamen (acreedor hipotecario) y el otro es archivado en la oficina, dejando constancia en ellos de la inscripción verificada en el registro, la que también se consigna en el certificado del título que es restituido al propietario.

No es exacto, como algunos autores han afirmado, que la calidad del certificado del título como "título jurídico-real" tenga los alcances de que su mera entrega equivale a la entrega de la propiedad inmueble, es decir, que en la transmisión de la propiedad de la finca basta la transferencia del documento. La propiedad se transfiere no por el mero consentimiento y entrega del certificado del título, sino por la inscripción en el libro del registro. El certificado del título tiene la garantía del Estado, produce plena prueba de la existencia del derecho a favor del titular inscrito.

C) *Efectos de la inscripción*

En el sistema Torrens los efectos de la inscripción son rigurosos. El "certificado del título" hace plena fe, no se admiten demandas de reivindicación contra el propietario inscrito. Las únicas que proceden, en forma excepcional, obedecen a causales muy limitadas, tales como la inmatriculación efectuada fraudulentamente, el error de deslinde, las demandas entabladas por un propietario portador de un certificado de título anterior. Pero aun en estos limitados casos, los terceros de buena fe no son alcanzados por las consecuencias de tales actos. Si por rara casualidad se hubiere extendido un certificado a nombre de quien careciera del derecho, el damnificado puede intentar una acción de indemnización contra el Estado[2].

En este orden de ideas, el título —en virtud del principio de legitimación, más fuerte que en ningún otro sistema registral— es inatacable. Contra el no puede ejercitarse ninguna acción de nulidad, su presunción de exactitud es *iuris et de iure*, equivalente a la fe pública. El certificado del título produce plena prueba de la existencia y titularidad del derecho en favor del titular registral y así debe ser admitido en los tribunales. La fe pública protege al adquirente del titular inscrito que lo sea a título oneroso y de buena fe, y se extiende a las circunstancias físicas y jurídicas de la finca. Los principios de legitimación y fe pública se funden en el de inatacabilidad del título inscrito.

D) *Organización del registro*

El sistema se estructura con base en la unidad de una oficina de registro central, dirigida por un funcionario administrativo de altas calidades jurídicas y técnicas, denominado registrador general, asesorado por expertos juristas, topógrafos y técnicos. Respecto a los libros que se llevan, el fundamental es el libro de registro, que se forma con los duplicados de los títulos de dominio ordenados cronológicamente. Cada duplicado del título equivale al folio de registro. Llevan también un libro diario y algunos libros auxiliares. La publicidad formal es absoluta, cualquier persona puede examinar los libros.

De las características y descripción del sistema australiano se infieren los principios registrales. El de rogación se materializa con la presentación de una solicitud acompañada de los títulos y planos; los de legitimación y fe pública, ya comentados, hacen inatacable el título y el principio de especialidad, pues el registro se lleva por fincas perfectamente identificadas con mensura y planos.

El principio de prioridad, ya que los libros de inscripción —que suelen tener 250 folios— se forman por orden cronológico de inmatriculación; el título posterior anula los anteriores. El principio de legalidad opera amplia-

[2] ÁNGEL BRAULIO CHAVARRI, *op. cit.*, págs. 135 a 137; ÁNGEL SANZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, págs. 188 a 193.

mente, pues la función calificadora del registrador tiene lugar no solo en la inmatriculación, sino también en las posteriores transmisiones y en la constitución de gravámenes. El tracto sucesivo se concreta en la medida que las transmisiones del dominio suelen realizarse por conducto de un asiento en el certificado del título original y en el duplicado[3].

79. Evaluación del sistema

El sistema australiano tiene las siguientes ventajas: a) La inatacabilidad del título expedido por el registro. El contenido del registro en sí, constituye una firme protección para los terceros adquirentes, acreedores hipotecarios y titulares de derechos reales, lo cual favorece altamente el tráfico jurídico. b) La seguridad en las transacciones hace que los inmuebles se aprecien en su justo precio. c) Las fincas y los derechos reales se muestran al público con absoluta precisión, nitidez y claridad, lo cual disminuye la cantidad de litigios. d) Facilita por su simplicidad y menor costo la contratación inmobiliaria.

El sistema australiano adolece de las siguientes fallas: a) La inatacabilidad del título expedido por el registro puede perjudicar los intereses de los verdaderos propietarios, quienes pueden ignorar la existencia de edictos y publicaciones, y enterarse extemporáneamente de que han sido desposeídos de sus derechos legítimos. La expoliación del verdadero propietario es generalmente el vicio fundamental que se atribuye al sistema. b) El propietario con titulación perfecta no necesita el crisol del registro, y el propietario con titulación defectuosa no puede tener acceso a él. c) El título real además de facilitar la falsificación de títulos, moviliza excesivamente la propiedad y va en detrimento de una empresa estable. d) La contratación inmobiliaria mueve privadamente, sin control notarial, lo que puede reportar serias sorpresas a las partes, desconocedoras en general de la materia jurídica. e) La centralización en un solo registro de la contratación inmobiliaria de todo un país, produce congestión e irregularidad en la marcha de la oficina, donde las transacciones son numerosas.

Ponderadas estas ventajas e inconvenientes, puede concluirse que este sistema es adecuado en países que se encuentran en formación, donde el poder público debe legalizar terrenos para poner en marcha grandes explotaciones, pero no es aconsejable en países donde la propiedad territorial está consolidada, dividida y sobre la cual pesan cargas, gravámenes y limitaciones que le atribuyen unas condiciones incompatibles con la celeridad y simplismo de los métodos australianos[4].

[3] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 70 y 71.

[4] Ramón María Roca Sastre, *op. cit.*, t. I, págs. 130 a 134.

Sección II. *Sistema suizo*

80. Generalidades

El registro de la propiedad suizo se inspira en el derecho germánico. Las normas aplicables son el Código Civil de 1907 y la ordenanza de 22 de febrero de 1910. Desde el punto de vista de su organización corresponde a un sistema de registro real en el que la unidad registral es el inmueble y otorga a las inscripciones una presunción de exactitud. Se acerca al derecho alemán, pues la inscripción es constitutiva y se aleja de este porque no reconoce el principio de abstracción de la causa. La inmatriculación se hace previo levantamiento de un plano, y cada inmueble recibe una hoja y un número de orden en el libro respectivo. La interrelación entre registro y catastro es uno de los atributos del sistema.

La inscripción es constitutiva y necesaria para la transmisión del dominio y demás derechos reales por negocio jurídico. Dice el artículo 971: "Todo derecho cuya constitución esté legalmente subordinada a una inscripción en el registro de la propiedad, no existe como derecho real si esta inscripción no se efectúa". Y añade el artículo 972: "Los derechos reales nacen, toman su rango y reciben su fecha por la inscripción en su libro mayor".

No es necesaria la inscripción para la adquisición de la propiedad y otros derechos reales por ocupación, sucesión, expropiación, ejecución forzosa, resolución judicial, accesión, régimen matrimonial, comunidad y sociedad. El derecho se adquiere en estos casos antes de la inscripción, pero si el titular quiere disponer de su derecho necesita inscribirlo previamente, para dar aplicación al principio de inscripción previa o tracto sucesivo.

El Código Civil sigue la teoría del título y el modo, pero el sistema inmobiliario suizo, al igual que el alemán, distingue entre el acto causal y el acuerdo real de tradición, con la diferencia de que en el derecho suizo la transferencia de la propiedad, la constitución de los derechos y su extinción, dependen del acto jurídico causal y resultan del cumplimiento de una obligación asumida por el titular del derecho inscrito en el registro.

Distingue este derecho, entre el negocio jurídico causal (compraventa, donación, permuta) y el negocio de disposición, pero, difiere de Alemania, donde estas operaciones están conceptualmente desvinculadas, de tal manera que el vicio del uno no afecta al otro. En Suiza el negocio de disposición o acuerdo transmisivo descansa en el negocio jurídico-causal, los vicios que afectan a este último alcanzan al primero. Esto quiere decir que el negocio de transmisión no es abstracto y no basta por sí solo para transmitir el dominio y demás derechos reales. El negocio causal pasa a formar parte del acto transmisivo. En lo que se refiere a las cancelaciones, rige el principio del "con-

sentimiento formal": para cancelar un asiento es necesario el consentimiento de la persona que pueda resultar perjudicada[5].

81. Adquisición y pérdida de los derechos reales

El Código Civil suizo adoptó el sistema de *numerus clausus* para la determinación de los derechos reales, y consideró como tales la propiedad, las servidumbres, las cargas reales y los derechos de garantía. Los derechos personales y los derechos condicionales pueden obtener cierta protección registral por medio de la anotación preventiva. En la adquisición de derechos reales por negocio jurídico *inter vivos* se distinguen tres momentos: el título, el consentimiento y la inscripción.

En el título se centra la causa de la transmisión: no es suficiente para crear el derecho real, solo genera la obligación de transmitir; en tanto que junto con el modo, la inscripción transmite efectivamente el derecho

El título debe constar en documento auténtico; así lo establece el artículo 657 del Código Civil: "Los contratos que tengan por objeto la transmisión de la propiedad solo son válidos cuando consten en forma auténtica". Además, conforme con el artículo 965, "Ninguna operación de registro puede ser practicada sin título en el cual se funde la operación". Para obtener la inscripción es necesaria la solicitud escrita del propietario del inmueble para que se practique; se exceptúan los casos de adquisición por ministerio de la ley o por sentencia en firme. En toda inscripción, ya sea constitutiva o declarativa, es necesaria la declaración o requerimiento dirigido al encargado del registro para que practique el asiento (principio de rogación). Esta declaración se hace normalmente por escrito, pero cuando la inscripción es declarativa puede hacerse verbalmente.

Si la inscripción es constitutiva, el acto de requerimiento encierra el consentimiento dirigido a la otra parte para la transferencia del derecho real. Este consentimiento aparece cualificado por las circunstancias siguientes: a) Es un consentimiento unilateral del propietario de la finca; de ahí que no puede confundirse con el acuerdo real del sistema alemán. b) Es un consentimiento para la inscripción, tampoco puede entenderse como el consentimiento formal del derecho alemán, ni puede dársele una verdadera sustantividad en los momentos de la transmisión; su alcance es análogo al del consentimiento en la tradición. c) No es la base o fundamento de la transmisión o constitución del derecho, la cual se apoya exclusivamente en la inscripción (modo), precedida de un título jurídico válido (causa).

En algunos casos, el consentimiento por sí solo puede provocar la inscripción, reemplazando al título jurídico. Así ocurre en los supuestos de extinción de los derechos reales; en este caso, su función es análoga a la del consentimiento formal del derecho alemán. En los demás casos, representa para el conservador del registro el consentimiento a la inscripción, y para la otra parte el cumplimiento de las obligaciones contraídas en el título y de las condiciones o reservas del mismo que se pudieran oponer a la inscripción.

[5] Ángel Braulio Chavarri, *op. cit.*, págs. 132 a 134.

La inscripción tiene distinta función, según esté la transmisión o modificación real basada en un acto jurídico, *inter vivos* o no. En el primer caso, la inscripción es necesaria para la adquisición del dominio y los derechos reales, o, lo que es lo mismo, tiene carácter constitutivo. En el segundo caso, la adquisición, modificación o extinción del dominio u otro derecho real se produce fuera del registro, y la inscripción servirá solo para la rectificación de este, es decir, tiene carácter meramente declarativo[6].

82. Principios registrales

Son principios aplicables al sistema de registro suizo los de especialidad, tracto sucesivo, legalidad, legitimación, fe pública registral y prioridad. La rogación se hace efectiva por el requerimiento o petición de inscripción, salvo casos excepcionales en que se permite practicar los asientos de oficio.

El principio de especialidad en Suiza acepta la unidad registral finca. A pesar de que se regula el principio de especialidad con cierta rigidez, los planos y documentos presentados forman parte del registro. Como consecuencia del sistema de inscripción por fincas se acepta en toda su pureza el principio de tracto sucesivo, por lo que no puede practicarse ningún asiento de transmisión, extinción o gravamen si la persona que aparece como disponente no figura como titular registral.

Mediante el principio de legalidad, el encargado de registro tiene facultades calificadoras, que se extienden hasta comprobar la validez del acto que causa la inscripción. Se admite recurso contra la calificación registral. Como consecuencia del valor dado al título jurídico para la transmisión, la calificación es de mayor amplitud que en el sistema alemán, y se extiende: a) a la facultad de disponer del requirente, su identidad con el legitimado según el registro y a la representación en su caso, y b) a la validez y eficacia del título jurídico que es causa de la transmisión. Contra la decisión del registrador puede recurrirse ante la respectiva autoridad cantonal, dentro del plazo general de diez días.

El principio de legitimación no tiene en el Código Civil suizo una declaración categórica análoga a los sistemas alemán y español, pero se adopta mediante la posesión en el artículo 937 al determinar que "... tratándose de bienes inmuebles inmatriculados la presunción del derecho y las acciones posesorias no pertenecen más que al titular inscrito".

[6] Ángel Sanz Fernández, *op. cit.*, t. I, págs. 175 a 180.

Sustituida la posesión por la inscripción en materia de inmuebles, es lógico conceder a esta los mismos efectos de aquella. Este es el alcance del artículo 937, según el cual la inscripción en el registro produce los siguientes efectos: a) La presunción legitimadora del derecho del titular inscrito. De la misma manera que la posesión en materia mobiliaria, la inscripción crea en materia inmobiliaria una presunción en favor de la existencia del derecho inscrito. El que está inscrito en el registro como propietario, acreedor hipotecario, etc., se reputa que tiene efectivamente esta cualidad, en tanto no sea probada la inexactitud registral. b) El ejercicio de las acciones posesorias corresponde únicamente al titular inscrito.

La fe pública registral es recogida en el artículo 973 del Código Civil, según el cual quien adquiere el dominio u otro derecho real, fundándose de buena fe en la inscripción del registro, es mantenido en su adquisición. La fe pública protege a todo adquirente en virtud del título, ya sea oneroso o gratuito, siempre que haya adquirido de buena fe. La especialidad más importante de este sistema se halla en la determinación de la mala fe hipotecaria; se considera adquirente de mala fe no solo al que tiene conocimiento de la inexactitud registral, sino también a quien la haya podido conocer, es decir, a quien por culpa lata o falta de diligencia adecuada no la conoció se entiende que tiene mala fe. Otra particularidad del sistema es que la fe pública no solo se limita a cuestiones jurídicas, sino también a los planos y datos descriptivos de las fincas.

El principio de prioridad tiene lugar mediante el registro, con la sujeción rigurosa al orden de presentación de los documentos o requerimientos de inscripción. Existe un libro diario, en el cual se hacen constar los requerimientos de inscripción; conforme al orden de los asientos se retrotraen a la fecha en que se practicó el asiento del diario. El rango de los derechos inscritos se admite con un valor sustantivo y patrimonial negociable mediante la permuta y reserva de puestos[7].

83. Organización del registro

Los registros se llevan por demarcacióny los secretarios del ayuntamiento actúan como registradores . Dependen de los poderes cantonales y están sujetos a la inspección del Ministerio Federal de Justicia y Policía. Rige el sistema real de organización del registro con base en fincas, a cada una de las cuales se les abre un folio independiente en el que figuran todos los asientos referentes a la misma. Solo son inmatriculables los bienes inmuebles, considerándose como tales, las fincas y los derechos distintos y permanentes, entendidos como tales el derecho de superficie, el derecho a una fuente sobre fundo ajeno y las concesiones hidráulicas.

Los libros que se llevan en el registro se clasifican en principales y accesorios. Los primeros son el libro diario (*journal, Tagebuch*), que tiene por fin

[7] *Idem, ibidem*, págs. 181 a 184.

recoger los requerimientos de inscripción, conforme a él se determina la prioridad de los derechos, y el libro mayor (*grand livre, Hauptbuch*), que es un registro ordenado de los bienes inmuebles donde se practican todos los asientos. Este libro se compone de folios, uno para cada finca, siendo el folio uno de los pilares del registro. Por excepción, se admite el folio colectivo, es decir, la posibilidad de incluir varias fincas en un solo folio, aunque no sean contiguas, con tal de que pertenezcan al mismo propietario y este lo solicite.

En su aspecto formal, el folio se lleva por medio de encasillados, donde se hacen constar separadamente la descripción de la finca, las inscripciones de propiedad, las inscripciones y cancelaciones de servidumbre y cargas reales, las de hipotecas, las anotaciones y las menciones. Los documentos que sirven de base a los asientos se archivan en la oficina de registro, ellos son: los títulos justificativos, los documentos complementarios, los planos, las listas de inmuebles y los estados descriptivos de los mismos.

En cuanto a los asientos que se practican en el registro, en el libro diario se hacen constar los requerimientos de inscripción, mientras en el libro mayor se practican tres clases de asientos: a) los definitivos, que son las inscripciones y las cancelaciones; b) los provisionales, que son las anotaciones preventivas de derechos personales, las anotaciones preventivas de prohibiciones de disponer, las inscripciones provisionales, y c) las menciones.

Las anotaciones preventivas de derechos personales son, por ejemplo, el derecho de opción, el retracto, la retroventa, el arrendamiento, el avance de puestos de acreedores hipotecarios en caso de hipotecas anteriores, la revocación de donaciones, etc. Las inscripciones provisionales se presentan en caso de demanda de la propiedad o de un derecho real, es decir, en caso de rectificación en el registro. Entre las menciones se encuentran los derechos de paso permanentes.

La publicidad formal se hace efectiva al consagrar el derecho que le asiste a quien justifique un interés en conocer el contenido de un folio o de un asiento. Por otra parte, el Código Civil consagra el principio de que nadie puede aducir la circunstancia de no haber conocido una inscripción contenida en el registro de la propiedad, es decir, la presunción *iuris et de iure* de conocimiento del registro[8].

84. Evaluación del sistema

Suiza estableció un sistema inmobiliario registral que a su notable perfección técnica supo añadir una gran ventaja de política legislativa: la mayor facilidad de adaptación a la vida jurídica práctica, al prescindir de las sutilezas teóricas consagradas por el registro alemán.

[8] *Idem, ibidem*, págs. 185 y 186.

Los aspectos más significativos que hacen del sistema suizo de los más técnicos y completos del mundo son, entre otros, los siguientes: 1) La limitación de los tipos de derechos reales (*numerus clausus*), atenuada por la posibilidad de conceder ciertos efectos a algunos tipos dudosos por medio de la anotación preventiva. 2) El valor constitutivo de la inscripción, cohonestado con la admisión como elemento causal del título jurídico, todo ello unido a la escrupulosa separación de los efectos obligacionales de este y los reales de aquella. 3) La protección exacta del tráfico jurídico, sin abandonar las reglas de la buena fe. 4) La exactitud en la determinación de las fincas, mediante una relación perfecta entre catastro y registro. 5) La implantación del sistema de encasillado en forma superior a la del derecho alemán, por la extraordinaria claridad y simplicidad de los asientos[9].

Sección III. *Sistema italiano*

85. Adquisición de derechos e inexistencia de principios

El sistema italiano se rige por el Código Civil de 1942, la ley del impuesto hipotecario de 1943, el decreto de 14 de diciembre de 1933 sobre derecho cambiario y la ley de 1942 sobre quiebra, junto con las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

En la adquisición del dominio y demás derechos reales rige el sistema del consentimiento, pero en relación con terceros que tengan título inscrito la plenitud del efecto traslativo se subordina a la transcripción del contrato. Los notarios y funcionarios autorizantes de los documentos deben procurar que la transcripción se realice en el más breve plazo posible. La enumeración de los actos y derechos registrables es muy completa y casuística. Se inscriben ciertos bienes muebles como naves, aeronaves, y los contratos de sociedad, asociación y consorcios por los que se confiera el goce de bienes inmuebles y derechos reales inmobiliarios.

En materia de principios registrales aplicables al sistema italiano la normativa vigente no es clara y de su lectura no se infiere su consagración expresa o tácita. En lo referente al principio de especialidad, del contenido del registro no se puede llegar a la certeza necesaria acerca de las circunstancias descriptivas de los bienes; en cuanto a los derechos tampoco se puede concluir que esté cumplido el principio, pues rige el sistema de folio personal. A pesar de que el sistema descansa sobre el principio de prioridad, no hay una norma que claramente establezca que todos los efectos derivados del registro se cuenten desde la toma de razón en el libro de registro general.

El principio de legalidad no existe propiamente en el derecho inmobiliario italiano. La facultad calificadora de los conservadores es muy limitada:

[9] *Idem, ibidem*, págs. 187 y 188.

únicamente pueden rechazar las actas y notas ininteligibles, y el título cuando no reúna los requisitos legales. Son títulos inscribibles las sentencias, los actos públicos y documentos privados con firma autenticada y comprobada judicialmente, y las sentencias y actas procedentes del extranjero debidamente legalizadas. No se da en el sistema italiano el principio de tracto sucesivo, la legislación proporciona la posibilidad de acceso a títulos posteriores antes que a otros otorgados previamente.

No existen los principios de legitimación y fe pública. El registro no se presume legalmente exacto y no aparece claro que la protección al tercero vaya más allá de cierta oponibilidad que en caso de conflicto se daría en el aspecto procesal. El acto inscribible no inscrito no tiene efectos respecto de terceros adquirentes. La transcripción no surte efecto contra el que ha transcrito derechos adquiridos contra su causante, aunque la adquisición sea anterior, y favorece a todos los que tengan interés en la misma con independencia de la persona que la haga.

86. Organización y publicidad formal

El registro está a cargo de un conservador, quien responde con su peculio por los errores y omisiones. En el registro se practican asientos de inscripción, transcripción, anotación y cancelación. La competencia de la oficina de registro se determina en función del territorio donde se encuentran los bienes que han de transcribirse. Al registro debe presentarse una síntesis del acto por inscribir en doble ejemplar, uno de los cuales se archiva y el otro se devuelve al interesado. El contenido del registro se hace público mediante certificaciones, manifestaciones o copias de los documentos archivados.

Sección IV. *Sistema argentino*

87. Normativa vigente y adquisición de la propiedad inmueble

Conviene precisar que el registro argentino no constituye un sistema registral tipo, su inclusión en esta obra está motivada por la amplia difusión doctrinal de gran calidad, y por el liderazgo que tiene este país en la discusión y estudio de la disciplina registral en el contexto latinoamericano.

Las normas básicas aplicables al registro inmobiliario son el Código Civil de 1871, codificado por Dalmacio Vélez Sársfield; la ley 17.801 de 1968 denominada régimen nacional de los registros de la propiedad inmueble, junto con las modificaciones que la ley 17.711 introdujo al artículo 2505 del Código Civil. Por ser Argentina una república federal coexisten normas de alcance nacional con las de carácter provincial.

En la adquisición y constitución de los derechos reales inmobiliarios acogió la teoría del título y el modo, excepto para la hipoteca. Desde el punto de vista sustantivo el título es el respectivo contrato que crea solo derechos personales y, en especial, la obligación de transferir. La ley impone, como título, en sentido formal, la escritura pública (C. C., art. 1184) si la sucesión es contractual, o el instrumento público cuando la fuente de la mutación real no es el contrato. Para que el adquirente se haga propietario es necesario el modo, que en el caso objeto de estudio es la tradición.

Para saber el papel que corresponde a la inscripción conviene transcribir el artículo 2505 del Código Civil, reformado por la ley 17.711, que reza: "La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas".

A pesar de la redacción poco afortunada del artículo 2505, la doctrina mayoritaria ha entendido que la adquisición existe desde el momento en que se cumple con el título y el modo. El registro es declarativo y se limita al perfeccionamiento de la adquisición de los derechos para su oponibilidad a terceros. Los tratadistas sustentan su posición con el artículo 20 de la ley 17.801 que dispone: "Las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización de documentos, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalecerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos, el derecho documentado se considerará registrado". En este orden de ideas, la inscripción no mejora o perfecciona la tradición en sí, sino que cumple la función de publicar la transmisión o adquisición completa, la cual opera cuando hay título suficiente y la realización del modo.

Con respecto a la hipoteca, surte efectos respecto de las partes y aun de los terceros que concurrieron a la celebración del acto, desde que el contrato se perfecciona; los efectos con relación a los demás terceros son a partir de la inscripción. A diferencia de otras legislaciones, donde al menos la inscripción de la hipoteca es constitutiva, en Argentina es declarativa[10].

88. Particularidades de los principios aplicables

A) *Rogación*

Para la obtención de la inmatriculación de una finca o la inscripción de una mutación de un derecho real, se requiere petición de parte interesada. El

[10] Luis Moisset de Espanés y Horacio Vaccarelli, *Sistema registral inmobiliario*, Buenos Aires, Zavalía Editor, 1994, págs. 17 a 19; Raúl R. García Coni, *Registración inmobiliaria argentina*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, págs. 10 a 12; Antonio R. Coghlan, *Teoría general de derecho inmobiliario registral*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pág. 47.

artículo 3140 del Código Civil menciona a quien transmite o adquiere como posibles solicitantes. El artículo 6º de la ley 17.801 establece que la situación registral solo puede variar a petición de: "a) el autorizante del documento que se pretende inscribir o anotar, o su reemplazante legal, b) quien tuviera interés en asegurar el derecho que se ha de registrar". En Argentina es muy común que el notario que autoriza la escritura pública solicite la inscripción.

La colaboración notarial también se manifiesta en leyes provinciales. A manera de ejemplo, el artículo 3º de la ley 7701 de Buenos Aires, indicó que el diligenciamiento o elaboración del folio real podía efectuarse extrarregistralmente, para acelerar el proceso de conversión a la nueva técnica; de tal forma que el notario mandaba una copia del folio real elaborada por él que servía de borrador del futuro asiento.

Las leyes 2378 y 1893 de la provincia y ciudad de Buenos Aires, idearon una novedosa combinación del principio de rogación y minuta que el registro asimila y transforma en asiento, protocolizándola; en cierta forma desplaza al notariado a cumplir una función registral al exigir la presentación de una minuta que sintetiza o resume los elementos esenciales de la inscripción. La colaboración notarial al registro de la propiedad se justifica por los grandes volúmenes que maneja Buenos Aires. En efecto, en 1983 el promedio diario de documentos ingresados era de 7.000 y el número de fincas inscritas superaba los seis millones, constituyéndose en el registro más grande del mundo[11].

Existe la posibilidad de desistir de la solicitud de inscripción. Si se trata de una inscripción provisional de un documento observado y las partes pretenden sustituirlo por otro, es necesario el consentimiento del titular del derecho inscrito, sus sucesores o representantes legítimos (ley 17.801, art. 36). El desistimiento también procede cuando se pretende modificar convencionalmente el orden de prelación de las inscripciones (art. 19, *ibidem*).

B) *Prioridad*

De acuerdo con los artículos 19 y 40 de la ley 17.801, la prioridad entre dos o más inscripciones o anotaciones relativas al mismo inmueble se establecerá por la fecha y el número de presentación asignado a los documentos, para lo cual se lleva un sistema de ordenamiento diario donde se anota la presentación de los documentos por orden cronológico, asignándole el número que corresponda.

Tratándose del principio de prioridad el derecho argentino ofrece varias particularidades. En primer lugar, con base en la autonomía de la voluntad es permitida la reserva, la renuncia, la posposición, la permuta y compartir el grado. En segundo lugar, la expedición de un certificado registral a un notario trae consigo la reserva de prioridad en la inscripción del negocio jurídico que autorizará en el futuro.

[11] Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini, *op. cit.*, págs. 149 a 153.

En este orden de ideas, la reserva de grado es el anuncio que hace el deudor hipotecario y que lo habilita, dentro de un margen prefijado, para constituir una hipoteca de grado preferente, siempre y cuando sea aceptada por su primer acreedor. Así lo indica la ley 17.711: "... al constituir la hipoteca, el propietario puede, con consentimiento del acreedor, reservarse el derecho de constituir ulteriormente otra de grado preferente, expresando el monto que esta podrá alcanzar".

En la renuncia del grado, el acreedor de una hipoteca da su consentimiento para que otra garantía real sobre un inmueble que va a constituirse en determinadas condiciones pueda prevalecer sobre la suya. La posposición del grado requiere la conformidad de un acreedor hipotecario para que otra hipoteca ya constituida pueda ser inscrita con mejor rango; el asentimiento puede expresarlo en la misma escritura de la hipoteca mejorada.

La permuta del grado es la cesión recíproca que de sus respectivos rangos formalizan dos o más acreedores hipotecarios inscritos. La permuta es sin perjuicio o con la conformidad de terceros. También es de recibo compartir el grado de una hipoteca mediante la aceptación expresa del acreedor de mejor derecho que beneficia a otros acreedores para que todos tengan la misma prioridad.

La reserva de prioridad se caracteriza porque el registro tutela el derecho no solo una vez inscrito, sino también desde el momento en que se expide certificado por parte del registrador a solicitud de un notario, quien así asegura su turno y obtiene mejor derecho respecto de quienes lleguen con posterioridad. Conviene distinguir entre un simple informe expedido por la oficina de registro para dar noticia de las diferentes circunstancias reflejadas, que no está amparado por la reserva de prioridad, y el certificado del registrador, que no solo da a conocer la situación jurídica de un inmueble, sino que también garantiza la inmutabilidad de dicha situación durante un término que oscila entre quince, veinticinco o treinta días, según el caso.

Durante estos plazos, el notario está obligado a autorizar la escritura, y si así lo hace se respeta la prioridad concedida por el certificado. Mientras tanto, en el registro opera el bloqueo registral; mediante esta figura, los actos que ingresen con posterioridad al certificado del registrador, son admitidos en forma condicional, en espera de si el notario autoriza o no el negocio en el término concedido a la vigencia del certificado. Vencido el plazo, si no se perfecciona el contrato se levanta el bloqueo y adquieren plena eficacia los otros actos que se encontraban inscritos provisionalmente. De lo expresado se infiere que los certificados en Argentina tienen caducidad, la cual se produce de pleno derecho al vencerse los quince, veinticinco o treinta días, según el notario solicitante resida en la misma ciudad o en otra de la misma provincia, o en una provincia distinta al lugar de ubicación de la oficina de registro (ley 17.801, art. 24)[12].

[12] Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini, *op. cit.*, págs. 155 a 173; Luis Moisset de Espanés y Horacio Vaccarelli, *op. cit.*, págs. 54 a 58.

C) *Tracto continuo*

A este principio se refieren los artículos 15 y 16 de la ley 17.801. De acuerdo con el primero no se registrará documento en el que aparezca como titular del derecho una persona distinta de la que figure en la inscripción precedente. El artículo 16 consagra el tracto abreviado que se presenta en el caso de las sucesiones, en las cuales no es necesaria la previa inscripción de los herederos para la continuidad del tracto respecto al documento otorgado por ellos, en virtud de que ocupan el lugar jurídico del causante.

El tracto sucesivo abreviado también procede cuando varios documentos se otorgan de manera simultánea referidos a negocios jurídicos sobre el mismo inmueble, aunque en las respectivas autorizaciones intervengan distintos funcionarios. Como puede apreciarse, el tracto abreviado no es una excepción al tracto continuo, sino una modalidad, ya que parte siempre del titular inscrito, hasta llegar directa o indirectamente al último titular que será legitimado por el registro. Es aplicable a dos transferencias simultáneas que reflejan la unificación de un solo asiento o motivan dos asientos consecutivos. Esto último depende de la técnica empleada[13].

D) *Especialidad o determinación*

En el estatuto registral argentino, la especialidad no es objeto de regulación expresa, pero el Código Civil, en el artículo 1001, al tratar de la constitución, modificación y transmisión tiene previsto que debe determinarse la naturaleza del acto y su objeto e individualizarse los sujetos que intervienen en la relación jurídica real. Los artículos 2º y 3º de la ley 17.801 establecen que la causa del derecho se individualizará en el documento inscribible, instrumento que en su forma deberá ajustarse a las exigencias legales, so pena de que sea observado por el registrador (ley 17.801, arts. 8º y 9º). Por otra parte, el artículo 12, *ibidem*, al tratar la matriculación de fincas exige la determinación de los distintos elementos de la relación jurídica, en especial el objeto[14].

E) *Legalidad*

Mediante la calificación del documento sometido a registro se asegura el cumplimiento de otros principios. Según el artículo 8º de la ley 17.801, "... el registro examinará la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos cuya inscripción se solicite, ateniéndose a lo que resultare de ella y de los asientos respectivos". Por otra parte, el artículo 9º hace referencia a un elemental examen intrínseco al prever el eventual rechazo de "los documentos viciados de nulidad absoluta y manifiesta". Además establece un término perentorio de treinta días para devolver el documento cuando adolece de un defecto subsanable que bien puede ser rectificado.

[13] Raúl R. García Coni y Ángel A. Frontini, *op. cit.*, págs. 175 a 187.

[14] Luis Moisset de Espanés y Horacio Vaccarelli, *op. cit.*, págs. 84 a 86.

El término indicado es similar al que rige en España, donde el registrador tiene un plazo general de treinta días hábiles, contados a partir de la fecha del asiento de presentación. Desde esta perspectiva, en Argentina si el documento es devuelto para que se subsane, la inscripción provisional se mantendrá por un término total de ciento ochenta días, contados desde la presentación del documento. Superados los impedimentos o no observados por cumplir los requisitos legales, el documento se inscribe o anota en el folio respectivo produciéndose el asiento definitivo.

Si los interesados consideran la devolución o anotación contraria a derecho, pueden desistir de la inscripción, expresar las observaciones formuladas al documento o promover la revisión de la misma. Es lo que se conoce como acción de recalificación, que en principio corresponde al mismo organismo registral que la produjo y concretamente al director del registro, sin perjuicio de la revisión que puede adelantarse ante los órganos judiciales si el inconformismo del interesado persiste.

Los recursos, tanto en sede administrativa como en vía jurisdiccional, son una consecuencia del principio de legalidad, por cuanto los actos de la administración están subordinados a la ley. Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la revisión o control de los actos de la administración. Conviene precisar que la ley 17.801 deja en libertad a las provincias la regulación del contencioso registral. Así, por ejemplo, en la capital federal la resolución de negatoria de la Dirección General del Registro se podrá recurrir ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil dentro de los diez días siguientes a la notificación[15].

F) *Legitimación*

El principio de legitimación no está consagrado en forma expresa en el estatuto registral argentino, pero los doctrinantes lo defienden con base en el artículo 35 de la ley 17.801, que reza: "... cuando la inexactitud a que se refiere el artículo precedente provenga de error u omisión en un documento, se rectificará, siempre que a la solicitud respectiva se acompañe documento de la misma naturaleza que el que la motivó o resolución judicial que contenga los elementos necesarios a tal efecto".

De este precepto se infiere la presunción *iuris tantum* de exactitud del registro. Ahora bien, respecto a la carga de la prueba en tratándose de demostrar la inexactitud del registro, se aplican los principios de derecho relativos a los instrumentos públicos, ya que los asientos registrales dan plena fe de ellas hasta tanto sean tachados de falsedad de acuerdo con el artículo 993

[15] Edgardo O. Scotti, *Derecho registral inmobiliario*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1980, págs. 172 a 175.

del Código Civil argentino. Por otra parte, la legitimación fluye del contexto de la ley 17.801 de la publicidad y oponibilidad a terceros de los asientos registrales[16].

G) *Fe pública registral*

La doctrina argentina no es pacífica en materia de reconocimiento del principio de fe pública registral. Quienes defienden su existencia la sustentan con el artículo 1051 del Código Civil argentino, que reza: "Todos los derechos reales y personales transmitidos a terceros sobre un inmueble por una persona que ha llegado a ser propietaria en virtud del acto anulado, quedan sin ningún valor y pueden ser reclamados directamente del poseedor actual, salvo los derechos de los terceros adquirentes de buena fe a título oneroso[17].

[16] Luis Moisset de Espanés y Horacio Vaccarelli, *op. cit.*, págs. 157 y 158.
[17] *Idem, ibidem*, págs. 161 y 162.

Parte segunda

DERECHO COLOMBIANO

CAPÍTULO IX

RELACIONES JURÍDICO–REALES INMOBILIARIAS

89. DERECHO CIVIL Y DERECHO INMOBILIARIO REGISTRAL

En nuestro país el derecho inmobiliario registral surge como una disciplina de derecho privado, no porque sea parte integrante suya, sino por estar incluido en el título 43 del Código Civil, que trata lo relativo a las obligaciones. Su inclusión en el lib. IV del Código no se compadecía con su contenido, que es más de la esencia del libro II, "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce".

En virtud de que las normas reguladoras del registro inmobiliario son más adjetivas o procedimentales que sustantivas o materiales, su inclusión en el Código Civil no se compadecía con su finalidad y contenido. Bien es sabido que en materia de derechos reales, al derecho civil le corresponde el estudio de la estructura, contenido, caracteres, modos de adquisición y pérdida de tales derechos; mientras que el derecho registral es el encargado de regular la inscripción de los actos de constitución, modificación, declaración, aclaración, adjudicación, traslación, etc., del dominio, y de los demás derechos reales sobre bienes inmuebles[1].

El decreto-ley 1250 de 1970 o estatuto de registro, no solo tuvo la virtud de derogar todas las normas anteriores en materia de registro de la propiedad —excepto las que tenían carácter sustantivo, tales como los arts. 756 y 760 del Código Civil que exigen la tradición simbólica mediante la inscripción de los actos dispositivos *inter vivos* para que opere la mutación del dominio y demás derechos reales sobre inmuebles—, sino que en lugar de sustituir las normas del título 43 e incorporarlas al Código, decidió con gran acierto crear un estatuto independiente que permite escindir las normas sustanciales del Código con las adjetivas del estatuto.

Como el derecho no puede reducirse a una serie de compartimientos incomunicados, es impropio asumir esta conducta con el derecho civil bienes y

[1] EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, "Registro de la propiedad inmueble en Colombia", en *Cien años del Código Civil de la nación*, t. I. Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio de Justicia, 1987, págs. 162 y 163.

el derecho inmobiliario registral, y por ello es necesario hacer mención breve de algunos conceptos del primero que sirven para explicar el papel y finalidad del segundo, sin que estos comentarios pretendan invadir esferas que han sido analizadas con gran propiedad por tratadistas del derecho civil, nacionales y extranjeros. Además, existe el convencimiento de que para abordar el derecho inmobiliario registral es prerrequisito el estudio de los bienes y los derechos reales que, junto con otras disciplinas, tales como los contratos y el derecho administrativo, hacen comprensible el tema que nos ocupa.

90. Clasificación de las cosas corporales. Su importancia

El artículo 654 del Código Civil establece que "Las cosas corporales se dividen en muebles e inmuebles". En las sociedades primitivas, y aun entre los romanos, en sus primeras épocas, no se hizo distinción entre unas y otras. Con el transcurso del tiempo quedaron sujetas a regímenes diferentes, donde se da más importancia a los bienes inmuebles, situación que implica el que se exija mayores requisitos para el perfeccionamiento de los actos que versen sobre ellos.

Los inmuebles fueron dotados de seguridad en lo concerniente a la celebración de los actos jurídicos, mientras que los muebles no despertaron el mismo interés. *Res movilis, res vilis* fue la expresión que se acuñó para describir la situación planteada. En la actualidad hay muebles cuyo valor económico en muchos casos supera el valor de la tierra; de ahí que la tendencia no sea nivelar las dos especies, sino hacer desaparecer algunas disparidades en el régimen jurídico.

Retomando la clasificación de las cosas corporales, el artículo 655 del Código Civil define los muebles como "... las cosas que pueden transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose ellas mismas, como los animales (que por eso se llaman semovientes), sea que solo se muevan por una fuerza externa como las cosas inanimadas". Por su parte, el artículo 656 define los inmuebles, fincas o bienes raíces como "... las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas, y las que adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos".

La clasificación de los bienes en muebles e inmuebles tiene gran importancia, por cuanto a unos y a otros les son aplicables normas jurídicas distintas; los tratadistas de derecho civil se han encargado de señalar las diferencias[2]. De ellas interesan a nuestro estudio las siguientes:

[2] José J. Gómez, *Bienes*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1983, págs. 80 a 82; Jaime Arteaga Carvajal, *De los bienes y su dominio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1994, págs. 18 a 20.

1) Los negocios jurídicos contentivos de obligaciones de dar o que impliquen la transferencia, limitación o gravamen del dominio u otro derecho real que afecte bienes raíces requieren para su validez que los contratos se celebren por escritura pública. Se trata de una solemnidad que no se exige en el caso de muebles, donde el contrato se perfecciona con el simple consentimiento de las partes.

2) La tradición —entendida como la entrega que hace de una cosa la persona obligada a transferirla a otra que tiene el derecho a recibirla— en derechos inmuebles no puede verificarse sino por medio de la inscripción del documento público contentivo del contrato en la oficina de registro de instrumentos públicos del lugar de ubicación del inmueble. La tradición de muebles no exige registro y basta su entrega material.

3) La posesión de bienes raíces está protegida por las acciones posesorias, la de bienes muebles no.

4) La adquisición del dominio por el modo prescripción ordinaria de derecho común exige diez años de posesión en el caso de inmuebles y tres años si se trata de bienes muebles.

5) La enajenación de los bienes del pupilo en el caso de inmuebles exige ciertas formalidades: autorización judicial y pública subasta. Los muebles no, salvo que se trate de muebles preciosos.

6) La hipoteca, el censo y la anticresis no pueden versar sino sobre inmuebles, mientras que la prenda y el mutuo no pueden celebrarse sino sobre muebles. Conviene recordar que el Código de Comercio acepta la hipoteca de embarcaciones mayores y menores dedicadas a la pesca, la investigación científica o la recreación (art. 1570). Así mismo, admite la hipoteca de aeronaves matriculadas en Colombia (art. 1904).

7) El embargo de derechos inmuebles se lleva a efecto mediante la inscripción del oficio del juez que decretó la medida en la matrícula inmobiliaria; a partir de ese momento el bien queda fuera del comercio. El de bienes muebles se perfecciona con el secuestro o entrega material que el juez hace a su secuestre o depositario.

8) Existen diferencias en cuanto al régimen jurídico de los bienes frente a la sociedad conyugal. Los bienes inmuebles adquiridos antes del matrimonio y los que se adquieran durante la existencia de la sociedad conyugal a título gratuito, no entran al haber social; los muebles entran a la sociedad con un crédito a favor del cónyuge aportante y a cargo de ella.

La distinción de los bienes en muebles e inmuebles y la existencia de regímenes jurídicos diversos, ha generado en los últimos años un movimiento doctrinal que propugna la existencia de un derecho inmobiliario y de un derecho mobiliario.

91. Los bienes inmuebles

Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales (C. C., art. 653). Corporales son las cosas que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos. Las cosas incorporales consisten en meros derechos, y a diferencia de los primeros no se captan por los sentidos; pertenecen a esta categoría los derechos reales y personales.

Interesa a nuestro estudio, los bienes inmuebles, definidos como las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras y las minas, y las que se adhieren permanentemente a ellas, como los edificios y los árboles. Las casas y heredades se llaman predios o fundos (art. 656). También tienen el carácter de inmuebles, las cosas que siendo muebles por naturaleza se reputan inmuebles por su destino (C. C., art. 655).

Con base en las definiciones que trae el Código Civil, la doctrina clasifica los bienes inmuebles en: a) inmuebles por naturaleza; b) inmuebles por adhesión permanente; c) inmuebles por radicación; d) inmuebles por destinación, y e) inmuebles en razón de la cosa a que se refiere el derecho.

A) *Inmuebles por naturaleza*

Son aquellos que naturalmente no pueden transportarse de un lugar a otro, como los predios o fundos, las aguas y las minas. Los terrenos comprenden el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo, estos tres componentes van por lo regular unidos: la venta, hipoteca y, en general, la enajenación de un terreno comprende los tres elementos, sin necesidad de especificarlos, salvo estipulación en contrario.

El suelo es la superficie de los terrenos perceptible por la vista. El subsuelo es el sólido terrestre de profundidad indefinida, cuya base superior es la superficie del terreno. Su enajenación como inmueble por naturaleza, ya tenga por objeto el subsuelo como masa terrestre, ya una obra o edificación, se sujeta al régimen de las cosas raíces. Su propiedad generalmente pertenece a la nación, en cuanto en él se encuentren sustancias minerales.

En derecho minero se designa con el nombre de subsuelo al conjunto de minas existentes en un territorio, sin consideración a los terrenos en que estén radicadas.

El sobresuelo, llamado también aire o espacio aéreo, es la columna espacial, de elevación indefinida, sobre la superficie. Si bien es cierto que con respecto al sobresuelo hay propiedad particular, no menos cierto es que este se encuentra limitado o restringido por el Estado mediante normas de urbanismo y construcción, por seguridad, estética, soberanía, etc.

Las aguas por una ficción jurídica son consideradas como cosas raíces, entendiendo como tales el agua y el lecho donde reposa o corre, que al ser separadas del lecho se convierte en mueble. En razón del propietario, las aguas se

clasifican en aguas de dominio público y aguas de dominio privado. La regla general es que las aguas sean de dominio público y de acuerdo con el artículo 86 del decreto-ley 2811 de 1974, o Código Nacional de Recursos Naturales Renovables, toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer las necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cause perjuicios a terceros. Para otros usos es necesario obtener concesión, permiso o asociación.

Las aguas de dominio privado son las que nacen y mueren en una misma heredad. El artículo 81 del decreto-ley 2811 explica el sentido de esta definición al indicar que si el agua brota naturalmente a su superficie y se evapora o desaparece bajo la superficie de la misma heredad, es de propiedad privada.

Se entiende por mina, todo yacimiento, depósito, formación o criadero de animales, o de materiales fósiles. En derecho minero se da también el nombre de mina al establecimiento de explotación, comprendidas sus excavaciones, galerías, tongas y demás obras necesarias para el laboreo. No debe confundirse la mina en sí con el terreno que la contiene. Las minas son de propiedad de la nación, quien otorga permisos a los particulares para su explotación. Así las cosas, puede darse el caso de que con respecto a una mina, la propiedad sea del Estado, el terreno que la contiene de propiedad de una persona y la explotación de la mina sea adjudicada o concedida a un tercero[3].

B) *Inmuebles por adhesión permanente*

Son bienes muebles por naturaleza que por una ficción jurídica son considerados como inmuebles por estar adheridos permanentemente al suelo, siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

1) Incorporación material. El bien mueble por naturaleza debe estar adherido en forma material al suelo o inmueble por naturaleza. El bien mueble se vincula y adhiere tan íntimamente al inmueble por naturaleza que pierde su propia individualidad y da nacimiento a un nuevo bien, tal es el caso de los materiales que se utilizan en la construcción de un edificio, los árboles que se adhieren al suelo.

2) Permanencia. El bien mueble adherido debe tener cierta durabilidad en ese estado.

3) No requiere identidad de señorío, es decir, no se exige que el dueño del suelo sea el dueño de los materiales que se adhieren permanentemente al suelo.

Esta clasificación es importante en cuanto a la venta, la hipoteca, el embargo y la sociedad conyugal. En la venta de un bien inmueble quedan comprendidos todos los inmuebles por adhesión (C. C., art. 1886). En la hipoteca de un inmueble se entienden incluidos los inmuebles por adhesión, sin necesidad de mención expresa (art. 2445). El embargo de un inmueble comprende

[3] José J. Gómez, *op. cit.*, págs. 19 a 23.

todos los inmuebles por adhesión. Esta clase de bienes que tengan los cónyuges al momento de contraer matrimonio no entra en la sociedad conyugal, tampoco los adquiridos dentro del matrimonio a título gratuito (C. C., art. 1781)[4].

C) *Inmuebles por radicación*

Son muebles por naturaleza que en virtud de estar embutidos en las paredes o techos de una edificación, pasan a formar un solo cuerpo con ellas[5].

D) *Inmuebles por destinación*

Son bienes muebles por naturaleza que por una ficción jurídica son considerados como inmuebles, siempre y cuando estén destinados al uso, cultivo o beneficio de una heredad (art. 658). Para que un bien mueble sea considerado como inmueble por destinación debe cumplir cuatro requisitos: 1) Destino. El bien mueble debe prestar su servicio al fundo y no al dueño de la finca. 2) Incorporación intelectual. La incorporación al inmueble por naturaleza no es material sino ideal, el mueble no pierde su propia individualidad.

3) Permanencia. Los bienes deben estar destinados por un tiempo más o menos duradero al uso, cultivo o beneficio de una heredad.

4) Identidad de señorío. El dueño del inmueble por naturaleza debe serlo del inmueble por destinación. Esta clasificación es importante por los mismos motivos comentados en los inmuebles por adherencia, es decir, en el caso de venta, hipoteca, embargo y sociedad conyugal, les son aplicables las mismas reglas.

E) *Inmuebles por razón de la cosa a que se refiere el derecho*

De acuerdo con el artículo 667 del Código Civil: "Los derechos y acciones se reputan bienes muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse o a que se deben. Así el derecho del usufructo sobre un inmueble, es inmueble. Así la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, es inmueble...". Es una ficción legal porque los derechos no son muebles ni inmuebles por ser cosas incorporales. Si el derecho recae sobre un bien inmueble, el derecho es inmueble.

Los derechos y las acciones son inmuebles, cuando es inmueble la cosa corporal en que han de ejercerse o a que se deben. Un derecho o una acción real, es inmueble cuando es inmueble la cosa objeto del derecho o de la acción; y un derecho o una acción personal es inmueble, cuando es inmueble la cosa debida. Por otra parte, un derecho o acción inmueble puede ser real o personal. El de-

[4] LUIS GUILLERMO VELÁSQUEZ JARAMILLO, *Bienes*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 7. En la 8ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 2000, pág. 28.

[5] JAIME ARTEAGA CARVAJAL, *De los bienes y su dominio*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1994, pág. 13.

recho de propiedad sobre un inmueble es derecho real inmueble; la acción que tiene el propietario de una finca para recuperarla del poseedor es real inmueble[6].

92. DERECHOS REALES Y PERSONALES

Los derechos patrimoniales se dividen en reales y personales. Esta clasificación coincide con la que trae nuestro Código al hacer referencia a las cosas incorporales, definidas como aquellas que no pueden ser percibidas por los sentidos y que consisten en meros derechos.

El derecho real es definido en el artículo 665 del Código Civil como "... el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona". A renglón seguido los enumera: "... son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca". De estos derechos nacen las acciones reales.

Estos derechos se caracterizan por atribuir a su titular un señorío o poder inmediato sobre la cosa, señorío o poder que puede ser más o menos amplio, dependiendo del tipo de derecho y de su regulación legal. Así, por ejemplo, en el dominio el poder jurídico es total, porque concede a su titular las facultades o prerrogativas amplias para usar, gozar y disponer del bien sobre el cual recae su derecho. En cambio, en el usufructo, el usufructuario solo puede usar y gozar, pero no le es dable disponer material ni jurídicamente de la cosa. El usuario y el habitador solo pueden usar una parte limitada de la cosa; lo mismo sucede con el propietario del predio dominante que se beneficia de una servidumbre. Los derechos reales de garantía son aún más restringidos respecto a las facultades concedidas a su titular por cuanto el acreedor prendario o hipotecario o el retenedor no usan ni gozan el bien objeto de garantía[7].

De acuerdo con el artículo 665 del Código Civil el derecho real implica un poder inmediato sobre la cosa, "sin respecto a determinada persona", porque para ejercerlo no necesita de la mediación de nadie. Así, por ejemplo, el dueño de un inmueble puede habitarlo, arrendarlo, remodelarlo, venderlo, hipotecarlo, etc., sin que sea necesario recurrir a otro sujeto[8].

El derecho real, *ius in re* o derecho sobre la cosa, es definido por el carácter inmediato y el carácter absoluto del poder jurídico. Con el primero, el poder del titular se ejercita de una manera directa sobre los bienes que constituyen el objeto del derecho sin necesidad de colaboración o intermediación

[6] LUIS CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, vol. III, De los bienes, Santiago-Santa Fe de Bogotá, Editorial Jurídica de Chile-Editorial Temis S. A., 1992, págs. 119 a 121.

[7] JOSÉ J. GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 114 y 115.

[8] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC H., *Tratado de los derechos reales*, t. I, Bienes, 5ª ed., Bogotá-Santiago de Chile, Editorial Temis, S. A., Editorial Jurídica de Chile, 1993.

de otras personas. Con el segundo, el titular del derecho lo hace eficaz y satisface su interés, no solo frente a un especial sujeto pasivo, concreto y determinado, sino también frente a terceros, lo que se define como una efectividad del derecho frente a todos (*erga omnes*).

En este orden de ideas, son elementos constitutivos del derecho real: a) el sujeto activo; b) el objeto, y c) el sujeto pasivo. El sujeto activo es el titular del derecho, quien lo tiene en su patrimonio y es identificado con el nombre del respectivo derecho: propietario, usufructuario, acreedor hipotecario, etc. El objeto es el bien sobre el cual recae el derecho, por ejemplo, un inmueble, que debe ser presente, no futuro, y determinado. El sujeto pasivo está representado por todas las personas y de manera particular por quienes atenten o menoscaben el ejercicio del derecho.

El derecho personal, es definido por el artículo 666 del Código Civil: "Derechos personales o créditos, son los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas. De estos derechos nacen las acciones personales".

El derecho personal, o crédito, u obligación, es el poder jurídico para exigir a una persona determinada el cumplimiento de una prestación. De él nace una relación entre dos personas, en virtud de la cual una de ellas (el deudor) se encuentra en la necesidad de cumplir una prestación (dar, hacer o no hacer algo), y la otra (el acreedor) tiene la facultad de exigir esa prestación.

De la definición se infieren los tres elementos constitutivos del derecho personal: a) el acreedor, b) el deudor, y c) la prestación. El acreedor es el sujeto activo o titular del derecho personal. Es quien está facultado para exigir de otra persona el cumplimiento de una prestación. El deudor es el sujeto pasivo, es la persona que debe cumplir la prestación y siempre es una persona determinada. La prestación es el objeto del derecho personal y puede ser de dar —como en el caso de la compraventa de un inmueble en la cual se generan obligaciones de transferir el bien y de pagar el precio—, de hacer —en el mismo ejemplo, la obligación que tiene el vendedor de salir al saneamiento en caso de evicción—, y de no hacer, como sucede entre comerciantes respecto a la competencia desleal[9]. Al registro de la propiedad le interesan los derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles; excepcionalmente acceden al registro los derechos personales.

93. DIFERENCIAS ENTRE DERECHOS PERSONALES Y DERECHOS REALES

A) *Por razón de su origen*

El derecho personal nace inmediatamente de las fuentes de las obligaciones: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, la ley y el enriquecimiento sin

[9] JOSÉ J. GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 110 a 112.

causa. Las cinco primeras están consagradas en los artículos 1494 del Código Civil y 34 de la ley 57 de 1887, y la última es de origen doctrinal y jurisprudencial. El derecho real proviene inmediatamente de los modos de adquirir y mediatamente de las fuentes de las obligaciones. Aquellos los enumera el artículo 678 del Código Civil, y son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte, la usucapión y la ley.

B) *Por razón de sus elementos constitutivos*

El derecho personal requiere de un sujeto activo o titular del derecho, denominado acreedor, de un objeto o prestación y de un sujeto pasivo del derecho, denominado deudor. De la cooperación o intermediación de este último sujeto dependen el cumplimiento de la obligación o la satisfacción del crédito. El derecho real solo requiere del sujeto activo o titular y de la cosa u objeto del derecho; la obtención de la utilidad o satisfacción del titular no depende de un tercero.

C) *Por razón del objeto*

El derecho personal tiene como objeto una prestación que puede consistir en realizar un hecho o abstenerse de hacerlo, o entregar una cosa —que bien puede estar individualmente determinada o no estarlo, presente o futura, una especie o cuerpo cierto o un género—, tal como sucede con la obligación de entregar en tres meses o en el momento de celebrarse el contrato cien cargas de café o cinco caballos. En el derecho real la cosa objeto del mismo es determinada en su individualidad presente, no de otra forma surge la relación directa entre el sujeto titular y el objeto del derecho.

D) *Por razón del carácter relativo y absoluto de los derechos*

El derecho personal es relativo, ya que el titular solo puede hacer valer su derecho respecto a una o más personas determinadas que se encuentren ligadas por un vínculo específico: acreedor—deudor—prestación, y, en caso de ausencia de uno de ellos, sus herederos. El derecho real es absoluto en virtud de que el titular puede hacerlo valer contra todos los demás sujetos, es *erga omnes*, de tal forma que nadie perturbará la relación jurídica entre el titular y el objeto. El respeto a la relación compromete a todo el mundo.

E) *Por razón de las acciones*

El derecho personal cuenta con las acciones personales para hacerlo efectivo, y se dirigen contra persona determinada: el deudor, o sus herederos en caso de muerte del sujeto pasivo. El derecho real cuenta con acciones reales que no están dirigidas individualmente contra una persona, sino, en general, contra aquella o aquellas que tienen la cosa sobre la cual recae el derecho, tiene eficacia contra todos por ser *erga omnes*, y tendrá el carácter de sujeto pasivo de la acción quien arrebata o entorpece el ejercicio del derecho real.

F) *Por razón de los atributos de persecución y preferencia*

Los atributos de persecución y preferencia por regla general no se dan en los derechos personales, porque el objeto directo del derecho es un hecho positivo o una abstención del deudor, y no un bien determinado. Por excepción la persecución aparece cuando el deudor dispone simuladamente de sus bienes o cuando dispone realmente de ellos, pero en fraude del derecho de los acreedores (C. C., art. 2491). Lo expresado sin perjuicio de que toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose los no embargables (art. 2488); este principio de prenda general no tiene el alcance que tiene para el titular del derecho real. En cuanto a la preferencia el título XL del libro IV del Código Civil trae unas reglas generales relativas a la prelación de créditos, que tendrá en cuenta el juez para satisfacer las obligaciones pendientes del deudor.

Las prerrogativas de persecución y preferencia en los derechos reales surgen del carácter absoluto de estos derechos y de la relación directa del sujeto titular con el objeto del derecho. El derecho de persecución es la prerrogativa del titular de un derecho real para que en ejercicio de la acción pertinente persiga el ejercicio del derecho sobre la cosa misma y en contra de todo poseedor o detentador del bien. El derecho de preferencia permite al titular del derecho real excluir de la cosa objeto del derecho a quienes solo tienen un derecho personal o uno real de fecha posterior[10].

En el registro de instrumentos públicos tienen acceso los derechos reales que versan sobre inmuebles, excepcionalmente los derechos personales. Verbigracia, arrendamiento, comodato celebrado por escritura pública. Conviene recordar que las legislaciones que siguen los lineamientos del derecho romano coinciden en reconocer que el derecho real no es de naturaleza estrictamente privada, pues prevalecen las normas de orden público imperativas que impiden a la autonomía de la voluntad la creación de derechos reales cuyo número está limitado por la ley, que debe señalarlos en forma expresa o, por lo menos, indicar las características de cuya consagración depende el carácter de derecho real[11].

Son derechos reales, enumerados como tales por el inciso 2º del artículo 665 del Código Civil, los siguientes: el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso, habitación, los de servidumbres activas, el de prenda y el de hipoteca. El artículo 669 del Código Civil consagra la nuda propiedad, el artículo 794 el fideicomiso; los artículos 859, 970, 1882, 1929, 1995, 2000, 2188, 2216 y 2258 regulan el derecho de retención, y la ley 153 de 1887, artículo 101, consagra el censo.

[10] José J. Gómez, *op. cit.*, págs. 114 a 137; Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., *op. cit.*, págs. 15 a 19.

[11] Ernesto Peña Quiñones, *Los derechos reales y la posesión*, t. II, Santa Fe de Bogotá, Universidad Javeriana, Colección Profesores, núm. 7, 1992, págs. 75 a 77.

Con respecto a los derechos enumerados no hay mayor discusión sobre su naturaleza real, si bien algunos consideran el derecho de retención como mixto —por tener elementos personales y reales—, mientras otros se inclinan por una de ellas. Los actos, títulos y contratos que versen sobre estos derechos reales en inmuebles acceden al registro, salvo, por obvias razones, la prenda, que por definición es un derecho real de garantía sobre bienes muebles.

El doctor Valencia Zea cita como derechos reales, además del derecho de retención, el derecho de cuota parte de los copropietarios o comuneros, al que considera un derecho real de contenido menor que la propiedad y argumenta que, aun cuando la doctrina tradicional lo identifica como derecho de propiedad, la doctrina actual reconoce que el derecho de cuota parte tiene un contenido inferior a la propiedad. Incluye también el derecho real de superficie, el contrato de arrendamiento de inmuebles y la anticresis, siempre y cuando sean celebrados por escritura pública e inscritos en el folio respectivo; sin embargo, hay autores que consideran estos últimos como derechos personales.

94. Enumeración de los derechos reales

La creación y número de los derechos reales sirve a la doctrina para señalar en el contexto internacional dos sistemas: el de número cerrado o *numerus clausus* y el de número abierto o *numerus apertus*. El primero se caracteriza porque no es posible a los particulares crear derechos reales, los cuales quedan limitados a los consagrados por las leyes. El segundo, permite a los particulares crear derechos reales distintos de aquellos establecidos o tipificados por la ley, de tal manera que con base en la autonomía de la voluntad existe la misma libertad que tienen en la creación de los derechos personales o de crédito.

Hay legislaciones, como la de la república Argentina, que en forma expresa fija una posición en materia de creación de derechos reales: el artículo 2502 del Código Civil, opta por el *numerus clausus* en los siguientes términos: "Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer".

Colombia no cuenta con una norma como la transcrita, lo cual hace que no sea uniforme la doctrina, aunque predomina la posición del número cerrado que cuenta con dos variables: a) Quienes de la lectura del inciso 2º del artículo 665 del Código Civil concluyen que la enumeración de los derechos reales es taxativa y solo tienen dicho carácter los allí indicados y los que en leyes posteriores se les dé esta connotación. b) Quienes se inclinan por considerar que

el artículo 665 del Código Civil es enunciativo y que no solo en el Código Civil, sino en leyes posteriores, se encuentran otros derechos reales diferentes que cumplen con las características que les son inherentes, es decir, persecución, preferencia y publicidad.

En el registro, conviene recordar que el arrendamiento, la anticresis, el comodato celebrado por escritura pública u ordenado judicialmente, así como el *leasing* inmobiliario y el derecho de retención sobre inmuebles, son registrables en la quinta columna del folio de matrícula, asignada a los títulos de tenencia constituida por escritura pública o decisión judicial. Se observa cómo el legislador responsable del decreto-ley 1250 de 1970 le dio el verdadero carácter a estos derechos, al considerarlos como personales.

El derecho real de superficie es la propiedad que le corresponde a una persona sobre la construcción levantada en suelo ajeno. Surgen dos derechos de propiedad yuxtapuestos sobre el mismo inmueble: uno respecto del suelo y otro relativo a la construcción. Con base en el artículo 739, el tratadista VALENCIA ZEA observa que en el derecho colombiano no es regla absoluta que el dueño del suelo adquiera por accesión las edificaciones o plantaciones levantadas en él. Solo cuando las edificaciones se hacen sin el conocimiento del dueño del suelo procede la accesión como modo de adquirir por quien es propietario del suelo; ya que si la construcción se hace con conocimiento o autorización del dueño del suelo, opera, en concepto del doctrinante citado, el derecho de superficie[12].

La Superintendencia de Notariado y Registro permitió, en principio, la inscripción de declaraciones de mejoras en terreno ajeno contenidas en escritura pública y aun la apertura de matrícula para inscribir mejoras en terrenos baldíos. Pero se dieron casos donde el declarante en la realidad física no había construido ni plantado nada y solo pretendía perjudicar al dueño del inmueble; en el caso de los baldíos, una vez adjudicado y asignado folio de matrícula inmobiliaria, se presentaba duplicidad de folios. Ante estas situaciones y con base en el carácter de muebles de las mejoras y los problemas que generaba su inscripción se prohibió el registro de mejoras en terreno ajeno y la apertura de matrículas a las mejoras en terrenos baldíos, sin perjuicio de ser respetados los derechos adquiridos con antelación a la instrucción administrativa.

La ley 258 de 1996 creó la "afectación a vivienda familiar", conocida como la ley de la doble firma. Su objeto es proteger a los cónyuges o compañeros permanentes al dar al inmueble afectado el carácter de inembargable y condicionar la venta, gravamen o limitación del dominio al consentimiento del cónyuge o compañero que no figura como titular del derecho de propiedad.

El parágrafo del artículo 5º prevé que "... las viviendas de interés social construidas como mejoras en terreno ajeno podrán registrarse como tales en el

[12] ARTURO VALENCIA ZEA, *Derecho civil*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1980, págs. 3 a 5.

folio de matrícula inmobiliaria del inmueble respectivo y sobre ellas constituirse afectación a vivienda familiar o patrimonio de familia inembargable, sin desconocimiento de los derechos del dueño". Esta disposición puede interpretarse como un reconocimiento tímido del derecho real de superficie aplicable solo a vivienda de interés social, declaraciones que son inscribibles e implican una modificación a las directrices de la Superintendencia.

95. DERECHO DE DOMINIO O PROPIEDAD

El dominio o propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar o disponer de ella, no siendo contra la ley o el derecho ajeno. La propiedad separada del goce, se llama mera o nuda propiedad (C. C., art. 669). La propiedad confiere a su titular el poder más amplio sobre una cosa. Son facultades inherentes al dominio: a) la de uso (*usus*), que se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar, sin tocar sus productos ni realizar una utilización que importe su destrucción inmediata; b) la de goce o disfrute (*fructus*), facultad que habilita la apropiación de los frutos y productos que la cosa da, y c) la de consumo (*abusus*), facultad que habilita para destruir, transformar o degradar el bien objeto del derecho. Esta característica distingue al dominio de los demás derechos reales limitados o desmembrados.

Las facultades del dominio se clasifican en materiales y jurídicas. Son materiales las que se realizan mediante actos materiales que permiten el aprovechamiento del objeto del derecho: uso, goce, consumo físico de la cosa.

La facultad jurídica se realiza mediante actos jurídicos. Consiste en el poder que le asiste al sujeto para desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa, tal es el caso de la renuncia, el abandono y la enajenación. Esta última, en sentido amplio, es todo acto de disposición entre vivos por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona o constituye uno nuevo en favor de un tercero y, en consecuencia, limita o grava el derecho preexistente. En sentido estricto, la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho a otra persona.

Los modos de adquirir el dominio de los bienes, de manera particular de los inmuebles, se inscriben en la primera columna del folio de matrícula inmobiliaria. Tal es el caso de los actos contenidos en instrumento público que generan la obligación de traditar, la cual se cumple con la inscripción, como sucede con la compraventa, la permuta, la donación, la dación en pago, el aporte en sociedad, el remate, la resolución y la rescisión de contrato, la consolidación de la nuda propiedad, la restitución del fideicomiso, la adjudicación por expropiación, las actas de entrega del fondo de inmuebles a entidades de derecho público. Del modo sucesión por causa de muerte son inscribibles, entre otros, la adjudicación, el decreto de la posesión efectiva, la posesión efectiva

en muerte por desaparecimiento. Del modo prescripción, la declaración judicial de pertenencia y la declaración judicial de prescripción por excepción. Del modo accesión, la accesión del suelo y del modo ocupación, la adjudicación de baldíos (aunque la ley 160 de 1994 dice que se adquieren por tradición).

Diversas clases de propiedad. Entre las clasificaciones de la propiedad conviene tener en cuenta las siguientes: a) según su extensión; b) según el número de sujetos; c) según el objeto del derecho, y d) según el titular[13].

En cuanto a su extensión, la propiedad puede ser plena y nuda. La primera autoriza al propietario a ejercer todas las facultades del dominio. La nuda propiedad no permite al titular usar ni gozar el bien, ya que sobre ella pesa un usufructo. La propiedad puede ser absoluta o fiduciaria; la primera no está sujeta a condición alguna, la segunda está sometida al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición.

Respecto al número de sujetos titulares del derecho de dominio sobre una cosa, será individual cuando el titular es uno, y plural, condominio o copropiedad, si son varios los titulares. El condominio o copropiedad es el derecho de propiedad que recae sobre el total de una misma cosa y sobre cada una de sus partes que tienen dos o más personas conjuntamente.

La propiedad horizontal es una forma de dominio especial en la que coexisten la propiedad individual sobre los bienes exclusivos y la copropiedad sobre los bienes de uso y servicio común.

Con relación a las cosas objeto del derecho, pueden ser corporales o incorporales; estas últimas son los derechos y las acciones. Además, las producciones del talento o del ingenio son una especie de propiedad (C. C., arts. 669 a 671). Según el titular, la propiedad puede ser particular o estatal.

Si el propietario es un particular el bien es de propiedad privada, pero si es una entidad de derecho público como un ente territorial, establecimiento público, etc., el bien es de propiedad pública. El artículo 674 del Código Civil define los bienes de la Unión como aquellos cuyo dominio pertenece a la república, y los divide en dos clases según su uso pertenezca a todos los habitantes de un territorio, denominados bienes de la Unión de uso público o bienes públicos del territorio, o estén destinados al uso de una entidad y restringidos a los particulares que tienen acceso ocasional a ellos, denominados simplemente bienes de la Unión o bienes fiscales.

Los bienes públicos se clasifican en: a) fiscales propiamente dichos; b) fiscales adjudicables, y c) bienes de uso público.

Los bienes fiscales propiamente dichos pertenecen a las entidades de derecho público que ejercen las facultades o atributos del derecho de dominio

[13] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC H., *op. cit.*, págs. 22 y ss.

de manera plena, tal y como lo hacen los particulares. Su enajenación está regulada por las normas de derecho administrativo y fiscal y generalmente su uso está al servicio de una entidad o dependencia estatal. A pesar de que de la interpretación de las normas sustantivas, concretamente los artículos 2517 a 2519 del Código Civil, se infiere su prescriptibilidad, la norma procesal, artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, preceptúa que no procede la prescripción respecto a los bienes imprescriptibles, que serían los de dominio público, pero añade que tampoco procede respecto a los bienes de propiedad de las entidades de derecho público. Los bienes fiscales inmuebles acceden al registro, a manera de ejemplo, terrenos, fincas, edificios de propiedad de entidades de derecho público[14].

Los bienes fiscales adjudicables pertenecen a la nación, pero están destinados a ser adjudicados a los particulares. Entre ellos están los baldíos, definidos como las tierras situadas dentro del territorio nacional que carecen de dueño; su régimen jurídico se encuentra en la ley 160 de 1994 o ley de reforma agraria, que regula los requisitos y trámite de la adjudicación. La constitución de reservas y su administración corresponde al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria, Incora.

Con respecto a los terrenos baldíos, la Superintendencia de Notariado y Registro consideraba que era viable la apertura de matrícula cuando se presentaban al registro declaraciones de mejoras en terrenos baldíos, criterio que fue modificado en virtud de la posibilidad que se presentara duplicidad de matrículas una vez fueran adjudicados a un particular.

También son bienes fiscales susceptibles no de adjudicación, sino de permiso de exploración y explotación, las minas, yacimientos, depósitos de sustancias orgánicas, las zonas de reserva natural, la fauna, la flora y los bosques naturales[15].

Los bienes de uso público son aquellos que pueden ser usados por los habitantes de un territorio, tales como las calles, plazas, puentes, parques, aguas de uso público, etc. Estos son de propiedad de la nación o de otros entes territoriales como los departamentos y municipios cuando han sido construidos por estos.

96. NOCIÓN DE OTROS DERECHOS REALES

A) *Herencia*

Es el derecho real que se tiene sobre la totalidad o una cuota del patrimonio de una persona difunta, excepto sobre los derechos intransmisibles.

[14] RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL, *Bienes*, Medellín, Edit. Colegas, 1991, págs. 22 y 23.
[15] JAIME ARTEAGA CARVAJAL, *op. cit.*, págs. 108 y 109.

Algunos tratadistas le niegan el carácter de derecho real por no recaer sobre una cosa corporal y le dan la categoría de derecho absoluto. Pero el artículo 665 al definir el derecho real dice que es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, sin distinguir si la cosa es corporal o incorporal, además, enumera expresamente el derecho real de herencia.

Son características de este derecho: a) ser universal, no recae sobre cosas determinadas, individualizadas, sino sobre el total o una cuota del patrimonio del difunto, y b) es de duración limitada, su objeto es servir de vínculo jurídico entre el derecho de dominio del difunto y el del heredero. Termina una vez efectuada la partición y liquidación de la comunidad hereditaria formada a la muerte del causante[16].

La adjudicación en sucesión de inmuebles por vía judicial o notarial como se indicó oportunamente, es inscribible en la primera columna del folio real con fines publicitarios y de cumplimiento con el principio de tracto sucesivo, por cuanto el derecho del heredero asignatario se adquiere fuera del registro por el modo sucesión por causa de muerte.

En la sexta columna del folio de matrícula es inscribible la venta de derechos hereditarios o la venta de derechos y acciones y los derechos de gananciales en una sucesión efectuada por el heredero o el cónyuge, según el caso, cuando no se ha producido la partición y adjudicación de los bienes del causante, siempre que la venta se vincule a uno o varios inmuebles determinados. La inscripción no se acepta cuando la venta se hace a título universal sin especificar los bienes. Las enajenaciones de bienes hereditarios efectuadas antes de la partición, sin que se hubiere procedido al decreto judicial de la posesión efectiva de la herencia y el registro de los títulos respectivos, produce los efectos de venta de cosa ajena y se inscribe en la mal llamada columna de la falsa tradición.

B) *Usufructo*

De acuerdo con el artículo 823 del Código Civil el usufructo es un derecho real que consiste en la facultad de gozar de una cosa ajena con la obligación de conservar su forma y sustancia, y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible, o con la obligación de devolver igual cantidad y calidad del mismo género, o de pagar su valor, si la cosa es fungible.

El usufructo supone dos derechos coexistentes: el del nudo propietario y el del usufructuario. Como el usufructo es un derecho de goce que faculta a su titular para usar y gozar del bien objeto del derecho, es de duración limitada, máximo la vida del usufructuario, y no puede superar un período de treinta años si el titular es una corporación o fundación, al cabo del cual pasa al nudo propietario, y se consolida con la propiedad.

[16] ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ, MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA y ANTONIO VODANOVIC H., *op. cit.*, págs. 23 y 24.

El usufructo se puede constituir por la ley, por testamento, por contrato o por prescripción. En cuanto a la forma, si el usufructo recae sobre inmuebles es solemne y debe constituirse por testamento o escritura pública. El artículo 826 del Código Civil preceptúa que si el usufructo recae sobre inmuebles por acto entre vivos, no valdrá si no se otorga por instrumento público inscrito. Mientras que el usufructo es intransmisible por testamento o *ab intestato*, la nuda propiedad es transferible por acto entre vivos y transmisible por causa de muerte (C. C., art. 832).

El usufructo se extingue: a) por la llegada del día, o del evento de la condición prefijada para su terminación; b) por muerte del usufructuario; c) por resolución del derecho del constituyente; d) por consolidación del usufructo con la propiedad; e) por prescripción, y f) por renuncia del usufructuario (C. C., arts. 863 y 865).

C) *Uso y habitación*

Estos derechos reales son más restringidos que el usufructo. El uso consiste en la facultad de gozar de una parte limitada de las utilidades y productos de una cosa. Si se refiere a una casa y a la utilidad de morar en ella, se llama derecho de habitación (C. C., art. 870). Estos derechos se constituyen y pierden de la misma manera que el usufructo, y por ser considerados como derechos personalísimos son intransferibles e intransmisibles (art. 878). Su inscripción se lleva a efecto en la tercera columna del folio.

D) *Servidumbres activas*

La servidumbre predial o simplemente servidumbre, es un gravamen impuesto sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño. Se llama predio sirviente, el que sufre el gravamen y predio dominante el que reporta la utilidad (C. C., arts. 879 y 880). Las servidumbres se clasifican en naturales, legales y voluntarias. Las primeras provienen de la natural situación de los lugares, las segundas son impuestas por la ley, y las terceras son constituidas por un hecho del hombre (art. 888).

Con respecto a la tradición del derecho de servidumbre, el artículo 760 del Código Civil, con una redacción poco afortunada, determina: "La tradición de un derecho de servidumbre se efectuará por escritura pública debidamente registrada, en que el tradente expresa constituirlo y el adquirente aceptarlo". Si se tiene en cuenta la teoría del título y el modo como requisito de la adquisición de los derechos reales, se observa que la tradición de ningún derecho real se efectúa por escritura pública, ya que en el documento solo se hace constar el título generador de la transferencia del derecho y tiene el carácter de solemnidad esencial en los actos jurídicos tendientes a mudar o modificar la propiedad de los bienes raíces, solemnidad atinente al perfeccionamiento del contrato y no a su ejecución.

También es criticable que en forma expresa se repita el principio general aplicable a la transferencia de derechos reales inmobiliarios consagrado en el artículo 756 del Código Civil, cual es la inscripción del acto o contrato como forma simbólica de la transferencia del derecho real. Por último, sobra la referencia a la imposición y aceptación de la servidumbre de los propietarios de los predios sirviente y dominante, por cuanto es lógico que el contrato obedece a una causa[17]. El acto que da nacimiento a la servidumbre activa se inscribe en la tercera columna del folio, asignada a las limitaciones y afectaciones del dominio.

E) *El censo*

Los artículos 101 y siguientes de la ley 153 de 1887 regulan esta institución. Se constituye el censo cuando una persona contrae "... la obligación de pagar a otra un rédito anual, reconociendo el capital correspondiente y gravando una finca suya con la responsabilidad del rédito y del capital.

"Este rédito se llama *censo* o *canon*, la persona que lo debe, *censatario*, y su acreedor, *censualista*".

El censo puede constituirse por testamento, por donación o venta, o por cualquier otro modo equivalente a estos.

El derecho de censo es personal en cuanto puede dirigirse contra el censatario, aunque no esté en posesión de la finca gravada, y real en cuanto se persiga esta. De acuerdo con el artículo 106 de la ley 153, la constitución de un censo deberá constar siempre por escritura pública registrada en la oficina de registro correspondiente, y sin este requisito no valdrá como constitución de censo; pero el obligado a pagar la pensión lo estará en los términos del testamento o del contrato, y la obligación será personal.

F) *La prenda*

Es un derecho real de garantía que se constituye con la entrega de una cosa mueble al acreedor, el cual, en caso de que el deudor no cumpla su obligación, puede, para satisfacer su crédito, instar la venta de la cosa y pagarse con el precio alcanzado, antes que otros eventuales acreedores no provistos de un derecho de prelación[18]. El artículo 2409 del Código Civil exige la entrega al acreedor de la cosa garante, pero el Código de Comercio en su artículo 1207 prevé la prenda sin desplazamiento. El numeral 3 del artículo 20 del decreto-ley 1250 de 1970 determinó la inscripción de los contratos de prenda agraria o industrial en la oficina de registro de instrumentos públicos, norma que fue derogada por el decreto 410 de 1971, Código de Comercio, que en su artículo 1210 ordenó que el contrato de prenda se inscribiera en la oficina de registro mercantil del lugar donde permanecen los bienes pignorados.

[17] José J. Gómez, *op. cit.*, pág. 243.

[18] Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva Undurraga y Antonio Vodanovic H., *op. cit.*, pág. 25.

G) *La hipoteca*

El artículo 2432 del Código Civil define la hipoteca como un derecho de prenda constituido sobre inmuebles que no dejan por eso de permanecer en poder del deudor. La hipoteca es un derecho real que se confiere a un acreedor sobre un inmueble de cuya posesión no es privado su dueño, para asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en virtud del cual el acreedor, al vencimiento de dicha obligación, puede pedir que la finca gravada, independientemente de las manos en que se encuentre, se venda en pública subasta y se le pague su crédito con preferencia a cualquier otro acreedor[19]. La hipoteca debe otorgarse por escritura pública (C. C., art. 2434); el registro debe hacerse dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento (decr.-ley 1250 de 1970, art. 32), y se inscribe en la segunda columna del folio de matrícula inmobiliaria, destinada al registro de gravámenes.

H) *Retención*

Es la facultad concedida al acreedor para retener la cosa de un deudor hasta tanto se le pague o asegure el pago. El inciso 2º del artículo 2417 del Código Civil establece que no se podrá retener una cosa del deudor —para seguridad de la deuda— sin su consentimiento, sino en los casos expresamente previstos por el legislador. Sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención se discute si es de naturaleza personal, real o mixta. En nuestro concepto es un derecho real, pues hay una relación directa entre el titular del derecho de retención y la cosa, goza de las prerrogativas de persecución y preferencia, aunque no con la misma amplitud que los demás derechos reales. El derecho de retención que recae sobre inmuebles y es constituido por escritura pública o decisión judicial, se inscribe en la quinta columna del folio real, destinada a los títulos de mera tenencia.

97. Adquisición de los derechos reales. Teoría del título y el modo

Colombia acogió la teoría del título y el modo como mecanismo para la adquisición y constitución de los derechos reales. Esta teoría se estructura en tres elementos: las fuentes de las obligaciones, el título o negocio jurídico y el modo de adquirir. Las obligaciones tienen su origen en una de las siguientes fuentes: contrato, cuasicontrato, delito, cuasidelito, la ley y el enriquecimiento sin causa. Toda adquisición de derechos reales tiene su origen en las fuentes de las obligaciones, ya que antes de realizarse la adquisición, en la mayoría de los casos, está precedida de una obligación de dar.

El título de adquisición de un derecho real no es otra cosa que una de las fuentes de las obligaciones en actividad. Por regla general, no hay adquisición

[19] *Idem, ibidem*, pág. 26.

de un derecho real si antes no hay un vínculo personal que tenga por objeto dar una cosa. Pero esta regla tiene sus excepciones porque en la adquisición de los derechos reales puede faltar la obligación; ello ocurre cuando el modo de adquirir es la ocupación, la accesión y la prescripción, donde ningún papel le corresponde al derecho personal, es decir, el título no origina una obligación de dar, sino que la ley faculta a quien cumpla con los requisitos exigidos para adquirir el dominio del bien, que llega a su poder por los modos ocupación, accesión y prescripción. Cuando una persona adquiere la propiedad por uno de estos modos, el título es la ley que lo faculta, confundiéndose la fuente de la obligación con el título.

El tratadista JOSÉ J. GÓMEZ[20] explica magistralmente la teoría del título y el modo. Define el título como "... el hecho del hombre generador de obligaciones o la sola ley que lo faculta para adquirir el derecho real de manera directa". La función primordial del título es crear derechos personales; la adquisición de los derechos reales requiere de dos etapas: a) el título que genera obligaciones de dar, es decir, obligaciones de transferir, y b) el modo que los ejecuta o cumple con las obligaciones. Pero si el modo de adquirir es la ocupación, la accesión o la prescripción, el título es la norma legal que faculta al hombre para adquirir el derecho real.

El modo es definido por el doctor JOSÉ J. GÓMEZ como "... la forma jurídica mediante la cual se ejecuta o realiza el título, cuando este genera la adquisición de los derechos reales". Los modos de adquirir son los medios que la ley facilita para adquirir los derechos reales. Cuando del título nacen obligaciones de dar, el modo los realiza o ejecuta.

En Colombia la adquisición de los derechos reales requiere de la concurrencia de dos fuerzas: el título y el modo. Así, por ejemplo, en el contrato de compraventa de un inmueble entre Pedro (vendedor) y Juan (comprador), del contrato celebrado por escritura pública solo nacen obligaciones para las partes contratantes, el vendedor debe transferir el bien y el comprador pagar el precio. Del contrato de compraventa celebrado por escritura pública solo surgen obligaciones, es necesario que el modo entre a ejecutar o realizar el título; para tal efecto el modo tradición es solemne porque requiere de la inscripción del título en la oficina de registro del lugar de ubicación del inmueble. En el momento en que el título es inscrito opera la transferencia del dominio del inmueble. La adquisición de los derechos reales requiere de la coexistencia del título y el modo, que actúan armónicamente para la obtención del objetivo: el título es el hecho que da posibilidad o vocación para adquirir el dominio u otro derecho real, y el modo de adquirir es el hecho idóneo para producir en concreto la adquisición del derecho a favor de una persona.

[20] JOSÉ J. GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 155 a 188.

A) *La venta de cosa ajena*

La venta de cosa ajena es válida y es título justo. Es válida porque el artículo 1871 del Código Civil así lo establece, sin perjuicio de los derechos del verdadero dueño, quien tiene la acción de inoponibilidad. La venta solo genera obligaciones y quien transfiere cosa ajena no hace dueño al adquirente porque nadie puede transferir lo que no tiene. Es título justo, por cuanto la enumeración de los títulos injustos del artículo 766 del Código Civil es taxativa y dentro de ellos no se incluyó la venta de cosa ajena. En este orden de ideas el comprador de cosa ajena adquiere un título justo que le permitirá adquirir el dominio de la cosa, no por tradición, sino por prescripción adquisitiva ordinaria, ya que para adquirir por este medio se exige al poseedor justo título y buena fe.

B) *Título constitutivo y traslativo de dominio*

Con base en la imprecisión legislativa de los incisos 2º y 3º del artículo 765 del Código Civil se afirma que el título es constitutivo cuando constituye dominio y traslativo si transfiere el dominio. El inciso 2º al decir que son títulos constitutivos la accesión, la ocupación y la prescripción, confunde los conceptos de título y modo. El inciso 3º trae como ejemplos de títulos traslativos de dominio la compraventa, la permuta, la donación, pero los títulos no transfieren, solo dan la posibilidad de adquirir los derechos reales, hecho que se produce con el modo tradición.

C) *Títulos de adquisición o propiedad y títulos de mera tenencia*

El título es de adquisición o de propiedad cuando puede generar la adquisición del derecho real de dominio; por ejemplo, la compraventa, la permuta, la donación. El título es de mera tenencia cuando no da la posibilidad de adquirir el derecho de propiedad y solo genera la simple tenencia de la cosa, por ejemplo, el arrendamiento, el comodato, el depósito, etc.

D) *Títulos atributivos y declarativos*

Los títulos atributivos sirven para atribuir el dominio, los declarativos simplemente declaran un derecho preexistente. Ejemplos de títulos declarativos son las sentencias judiciales sobre derechos litigiosos, las sentencias y actos extrajudiciales de partición de bienes comunes.

E) *Títulos universales y singulares*

Cuando el título genera el traspaso de todos los bienes de una persona o de una cuota de ellos, el título es universal. Cuando el título genera el traspaso de una o más especies o cuerpos ciertos o de una o más especies indeterminadas de cierto género, el título es singular.

F) *Títulos gratuitos y onerosos*

El título es gratuito cuando solo tiene por objeto la utilidad de una de las partes en perjuicio del patrimonio de la otra, tal es el caso de la donación, donde

el adquirente no hace ningún sacrificio económico. Los títulos onerosos demandan contraprestación entre las partes contratantes, por ejemplo, la venta, la permuta.

98. Los modos de adquirir

Modo es la forma como se realiza o ejecuta el título, es la causa de adquisición de los derechos reales; el artículo 673 del Código Civil enumera como modos de adquirir la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción adquisitiva o usucapión. La doctrina agrega la ley como modo de adquirir. Por la ocupación se adquieren las cosas que carecen de dueño (*res nullius*). Por la accesión, el dueño de una cosa se hace dueño de lo que ella produce y de lo que a ella se adjunta. Por la tradición, con base en un título que genera obligaciones de dar o transferir el dueño del bien lo entrega al acreedor con la intención y capacidad de hacerlo dueño. Por la sucesión por causa de muerte, el asignatario legal o testamentario recibe al morir el causante todos los bienes o parte de ellos. Por la prescripción se adquieren los derechos reales de otro, con base en la posesión quieta, pacífica e ininterrumpida de las cosas sobre las cuales recae en los lapsos y condiciones establecidas en la ley. Por ministerio de la ley los padres adquieren el usufructo de los bienes de los hijos.

Los modos pueden ser originarios o constitutivos y derivados o traslativos. Los originarios dan el derecho sin una voluntad que los transfiera, es el caso de la ocupación, la accesión y la prescripción. En estos modos no hay causante, no hay sucesión jurídica, tienen la ventaja de conferir el dominio sin antecedentes ni historia. Así, por ejemplo, cuando se adquiere un inmueble por prescripción, los gravámenes, limitaciones y afectaciones anteriores a la declaración de pertenencia desaparecen; la historia del predio empieza con la prescripción. El modo es derivado, si en la adquisición del dominio se requiere de una voluntad anterior. En ellos la cosa se adquiere con las cargas y gravámenes anteriores a la adquisición. Son modos derivados la tradición y la sucesión por causa de muerte.

Los modos no solo sirven para adquirir el derecho real de dominio, algunos sirven para la adquisición de otros derechos reales y aun para obtener los derechos personales. Por la ocupación solo se adquiere el dominio. Por la accesión el dominio y, por excepción, el usufructo, cuando una heredad sobre la cual se ha constituido este derecho aumenta por aluvión, el usufructo se extiende al aumento (art. 844). Por prescripción no solo se adquiere el dominio, sino también los demás derechos reales, menos las servidumbres discontinuas y las inaparentes y los derechos de garantía, como la hipoteca y la prenda. Por la sucesión por causa de muerte se adquieren los derechos reales y los personales, salvo los intransmisibles. Por la tradición se adquieren los derechos reales y personales.

99. Notariado y registro

Si se desea definir en pocas palabras la relación existente entre el notariado y el registro se puede afirmar que tienen funciones diferentes, pero colaboran armónicamente en la adquisición de los derechos reales inmobiliarios. La teoría del título y el modo sintetiza la forma como se adquieren los derechos reales, proceso que debe cumplir con ciertas solemnidades cuando la adquisición recae sobre bienes inmuebles. Es en este escenario donde tienen papel protagónico el notario y el registrador, el primero dentro de la órbita del título, el segundo en la esfera del modo.

Mientras al notario corresponde velar por la legalidad de las declaraciones contenidas en el título, autorizar la escritura contentiva del negocio jurídico y guardar la matriz del título en el protocolo; al registrador le compete revisar las formalidades extrínsecas del documento, cotejar la historia jurídica del inmueble para constatar que se trata del mismo bien y que no existe causal legal que impida cumplir con el modo de adquirir e inscribir el acto si cumple con los requisitos legales.

En la primera fase, es decir, la del título, para que se perfeccione el contrato contentivo de las obligaciones de dar, ha de cumplirse con un procedimiento que culmina con el perfeccionamiento del título formal o escritura pública y el título material o negocio jurídico. Ese procedimiento consta de las siguientes etapas: la recepción, la extensión, el otorgamiento y la autorización; luego la escritura se incorpora en el protocolo.

El artículo 14 del decreto-ley 960 de 1970, define cada una de las etapas. La recepción consiste en percibir las declaraciones que hacen ante el notario los interesados; la extensión es la versión escrita de lo declarado; el otorgamiento es el asentimiento expreso que aquellos prestan al instrumento extendido; y la autorización es la fe que imprime el notario a este, en vista de que se han llenado los requisitos pertinentes y de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados.

La segunda fase, es decir, el modo tradición, se perfecciona con la inscripción del título en el folio de matrícula inmobiliaria. El registro de un título debe cumplir con el procedimiento que establece el artículo 22 del decreto-ley 1250 de 1970 y que se compone de la radicación, la calificación, la inscripción y la constancia de haberse ejecutado esta. Culminado el proceso y desanotado el documento en el libro diario radicador, se entiende que se ha cumplido con la obligación de dar que consta en el título y, por lo tanto, con la tradición. La solemnidad de la inscripción del título en la oficina de registro tiene la virtud de hacer propietario o titular de un derecho real a quien en el título solo tenía un derecho personal. En materia comercial se exige la inscripción del título y la entrega material de la cosa para que opere la tradición (C. de Co., art. 922).

El artículo 94 del decreto-ley 2150 de 1995 (estatuto antitrámites) dispuso que para el registro de instrumentos públicos el notario diligenciara y

anexara a la copia destinada al archivo del Registro un formato que diseñaría la Superintendencia de Notariado y Registro, en el que constarían los elementos básicos del negocio jurídico relevantes para su inscripción.

La Corte Constitucional en sentencia noviembre 28 de 1996 con ponencia del doctor Hernando Herrera Vergara, en la que se declara exequible el artículo 94 *ibidem*, indicó: "... la función notarial y registral, entrañan, como lo expresa el concepto del fiscal, un servicio público fundamental, de cuyo cumplimiento dependen la certeza y validez de los negocios jurídicos. Y debe agregarse que la función deferida a los notarios con la norma acusada, es complementaria y concurrente con la naturaleza ontológica y sistemática de la función de regis-tro, adecuándose a lo previsto en el precepto 209 constitucional, que estimula a las autoridades administrativas a coordinar sus actuaciones para el cabal cumplimiento de los fines del Estado".

A renglón seguido concluye: "De esta forma, el formato de registro creado por el artículo 94 demandado, tiene como propósito fundamental, tender un nexo funcional entre las labores de las notarías y las oficinas de registro que anteriormente operaban sin la debida coordinación, a pesar de su íntima relación material, lo cual redunda en el cumplimiento eficaz de las atribuciones que les corresponde desarrollar y en beneficio de los usuarios del servicio".

De lo expresado por la Corte Constitucional se infiere que el formato diligenciado por los notarios para el registro de instrumentos públicos, agiliza el proceso o trámite registral pero no elimina la función calificadora de las oficinas de registro y es una manifestación de la interrelación propia de estas dos instituciones.

Capítulo X

DESARROLLO HISTÓRICO Y ORGANIZACIÓN DEL REGISTRO

100. El registro, última fase de la publicidad inmobiliaria

La expresión registro de instrumentos públicos identifica la institución jurídica y la oficina responsable del registro de la propiedad inmueble. Conviene precisar que a pesar de la denominación tan genérica, a ella no acceden todos los instrumentos que tienen el carácter de públicos, ni se trata de un organismo donde estén centralizados los distintos registros públicos. Basta citar, a manera de ejemplo, el mercantil, que es llevado por las cámaras de comercio; el de automotores, que corresponde a las oficinas de tránsito, etc.

A la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos compete la inscripción de los actos, contratos, providencias judiciales, administrativas y arbitrales que versen sobre derechos reales vinculados a bienes raíces; los contratos de mera tenencia de inmuebles celebrados por escritura pública, que por orden judicial o voluntad de las partes sean sometidos a esta formalidad, y la inscripción de los testamentos, hasta tanto se organice el registro central.

En nuestra legislación el registro de la propiedad cumple con varias finalidades, que serán analizadas en detalle en su oportunidad. Por ahora conviene mencionar aquella que se identifica con el origen y la razón de ser de la institución y que está consagrada como elemento común a todos los ordenamientos en el derecho comparado: servir de medio para publicitar la situación jurídica de los inmuebles inscritos, finalidad que permite brindar seguridad y certeza a la comunidad por medio del conocimiento de la titularidad de los derechos reales, las limitaciones, afectaciones, medidas cautelares y demás circunstancias que ameritan ser evaluadas previamente para tomar decisiones tan trascendentales como la adquisición o aceptación como garantía real de un inmueble que asegure el cumplimiento de obligaciones con contenido económico. El certificado de tradición y libertad, la exhibición de la matrícula inmobiliaria, son algunos de los medios utilizados en desarrollo de la publicidad formal.

Pero la validez del registro radica en que esté protegido de aquellas actuaciones que a pesar de ser objeto de inscripción, por ignorancia o mala fe de las partes, no han cumplido con este requisito; actuaciones que de ser conoci-

das por terceros interesados implicarían una abstención, cambio o modificación en la celebración de un negocio jurídico sobre determinado inmueble. De ahí la importancia del artículo 43 del decreto 1250 de 1970, que guarda similitud con los artículos 660 del Código Civil español y 32 de la ley hipotecaria, al establecer que por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro surte efecto respecto a terceros, sino desde la fecha de su inscripción.

La publicidad formal, la inoponibilidad de lo no inscrito frente a terceros y el carácter constitutivo de la inscripción como requisito *sine qua non* en la adquisición y constitución de los derechos reales inmobiliarios, son las bases en que se sustenta la seguridad del comercio inmobiliario colombiano. Es un país donde el derecho de propiedad es uno de los pilares de la organización política y los inmuebles no han perdido su trascendencia patrimonial; sin la existencia de la publicidad inmobiliaria, el oscurantismo, la incertidumbre y el azar estarían presentes en cada transacción, restando confianza y agilidad al comercio inmobiliario y al crédito territorial, con el consecuente perjuicio a la economía y al orden social.

GUSTAV RADBRUCH señala como fines supremos del derecho el bien común, la justicia y la seguridad, y añade que este último es la tarea primaria del derecho[1]. LUIS RECASÉNS SICHES considera el nacimiento del derecho bajo el estímulo de necesidades propias de la vida social, entre ellas la urgencia de certeza y seguridad, donde valores considerados de mayor rango, como la justicia y la utilidad común, no son, en principio, la fuerza generadora de esta ciencia.

El hombre experimenta un sentimiento de inseguridad "... y siente la urgencia de saber a qué atenerse en relación con los demás; de saber cómo se comportarán ellos con él, y qué debe y puede hacer frente a ellos; y precisa no solo saber a qué atenerse, sobre lo que deba ocurrir, sino también que esto sucederá forzosamente, es decir, precisa certeza sobre las relaciones sociales, pero, además, la seguridad de que la regla se cumplirá y está poderosamente garantizada"[2].

La seguridad, entendida como motivación vital del derecho positivo o como uno de los supremos fines, exige de las disposiciones dictadas en desarrollo de los principios y fines específicos del derecho registral, el objetivo ineludible de brindar seguridad, que será jurídica en la medida que su cumplimiento sea inexorable, coercitivo y participe de otro valor: la justicia, definida por ULPIANO como "la voluntad constante y perpetua de dar a cada cual su derecho"[3].

[1] GUSTAV RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951, pág. 181.

[2] LUIS RECASÉNS SICHES, *Panorama del pensamiento jurídico en el siglo XX*, México, Edit. Porrúa S. A., 1963, págs. 506 y ss.

[3] ROBERTO BURGOS CANTOR y EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, "La función registral y la seguridad jurídica", en Revista *Infolios*, núm. 11, segunda etapa, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, julio-septiembre de 1989, pág. 71.

¿Qué sería del comercio inmobiliario, del dinamismo de los negocios, de los atributos de persecución y preferencia inherentes a los derechos reales, de la confianza que debe rodear a tradente y adquirente, a deudor y acreedor hipotecario potenciales, de los derechos a terceros sin la existencia del registro inmobiliario? ¿Cómo se garantizaría la seguridad jurídica en materia inmobiliaria? ROCA SASTRE tiene la respuesta apropiada a estos interrogantes: "El registro de la propiedad inmueble procura fortalecer el comercio jurídico inmobiliario con la eliminación, por medio de la publicidad que sus asientos hacen efectiva, de los peligros que para el tercer adquirente provoca la clandestinidad propia del sistema inmobiliario puro, o sea, el desconocimiento de la verdadera situación jurídica de la finca", y luego añade: "... más que de fines ha de hablarse de un solo fin del registro de la propiedad, y es el dirigido a proporcionar plena seguridad jurídica al comercio inmobiliario"[4].

La categórica afirmación de ROCA SASTRE, "plena seguridad jurídica", ha de entenderse como deseable en Colombia; situaciones como las inexactitudes registrales, la prescripción de derechos y acciones y la discutida vigencia del principio de la fe pública registral obligan a reconocer la relatividad de esta seguridad.

101. TENENCIA DE LA TIERRA

Las culturas indígenas asentadas en nuestro territorio se encontraban, en los principios de la conquista española, en dos formas de producción: la comunitaria y la tributaria. La primera fue una etapa caracterizada por la recolección y el nomadismo, en donde la tierra no era objeto de apropiación privada, sino que representaba un valor de uso. La segunda, más compleja, era sedentaria, y la componían tribus como la chibcha o muisca, la tayrona, la zenú y la agustiniana.

En la sociedad chibcha cada familia tenía una parcela, no como propiedad privada, sino de utilización temporal, lo cual permitía el derecho de explotación, usufructo y la cesión a la generación siguiente. La siembra y recolección se hacía en forma colectiva, pero los productos quedaban para la familia que ocupaba la parcela. También había tierras comunales cultivadas por todos y que eran destinadas al sostenimiento de los bienes comunes y del culto. Los gobernantes poseían terrenos propios cultivados por los súbditos, lo que sirvió de base para que los españoles instituyeran la mita incaica; además de los indicios de propiedad privada, los reyes recibían tributos en especie[5].

[4] RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, t. I, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1948.

[5] ORLANDO FALS BORDA, *Historia de la cuestión agraria en Colombia*, Bogotá, Fundación Roca, 1975, pág. 4.

La inexistencia del Estado, la incipiente propiedad privada y el no encontrarse consolidado el concepto de tributación, explican la ausencia de antecedentes de la institución registral en la población aborigen.

102. Derecho español

El registro inmobiliario en nuestro país tiene sus raíces en el derecho español, donde tal institución solo fue objeto de regulación con poco éxito en el siglo XVI. Esto se explica en virtud de que Castilla tuvo como fuente el derecho romano clásico, caracterizado por el abandono de las formas de publicidad en las transmisiones, en general.

La *mancipatio* y la *in iure cessio* son poco practicadas, ya que se opta por la *traditio* o entrega de la cosa enajenada, como complemento del contrato generador de obligaciones de dar. La *traditio* está exenta de toda forma de publicidad, y solo la posesión del adquirente exterioriza la titularidad del derecho.

En 1539 Carlos V dicta su *Pragmática*, una legislación mediante la cual el soberano disponía que "... en cada ciudad, villa o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción" se llevare un libro en el cual fueran registradas, dentro de los seis días siguientes a su otorgamiento, las escrituras en que constaren la imposición de censos e hipotecas, con el doble objeto de que los compradores de "las casas y heredades" gravados no fueren engañados y de que no quedare obligado por razón de tales gravámenes "ningún tercero poseedor, aunque tenga causa del vendedor". La omisión de esta formalidad tenía como sanción que las escrituras no hicieran fe ni se juzgara conforme a ellas. La no aplicación por los tribunales judiciales de la *Pragmática* de 1539, por seguir apegados al derecho romano, originó la *Pragmática* de 1713, de Felipe V, que corrió con igual suerte.

La *Pragmática* de Carlos III (1768) crea "los oficios o contadurías de hipotecas" a cargo de los escribanos del ayuntamiento, quienes llevarían los libros necesarios para la toma de razón de los siguientes actos: imposiciones, ventas y redenciones de censos y tributos; ventas de bienes raíces gravados con cargas; fianzas en que se hipotecaban bienes, fundaciones de mayorazgos y obras pías. La omisión en el registro dejaba sin valor el acto frente a los tribunales.

Por las Reales Cédulas de 8 de mayo de 1778, 16 de abril de 1783 y 25 de septiembre de 1802, se hizo extensivo a los dominios españoles de ultramar el oficio de hipoteca. La Real Cédula de 25 de septiembre de 1802 dio preferencia a las hipotecas, teniendo en cuenta la fecha de su anotación[6].

[6] Eduardo Rodríguez Piñeres, *Por el reinado del derecho*, Bogotá, Edit. La Luz, 1927, págs. 316 a 318.

La *Novísima Recopilación* de las leyes de España, sancionada en 1805, rigió no solo en la península, sino también en América. En el libro X, título XVI, leyes 1ª a 4ª, fue establecido el registro de ventas, censos, hipotecas, donaciones piadosas, que recogía los principios de la *Pragmática* de 1768. Por constituir la base de la reglamentación del registro, conviene presentar algunas transcripciones[7].

La primera ley estableció: "... y por quitar los inconvenientes que de estos se sigue, mandamos, que en cada ciudad, villa, o lugar donde hubiere cabeza de jurisdicción, haya una persona que tenga un libro donde se registren todos los contratos de las ciudades y usos dichos, y que registren dentro de seis días después que fueron hechos, no hagan fe ni se juzgue conforme a ellos, ni sea obligado a cosa alguna ningún tercero poseedor; aunque tenga causa del vendedor; y que el tal registro no se muestre a ninguna persona, sino que el registrador pueda dar fe, si hay o no algún tributo o venta, o impedimento del vendedor".

La segunda ley confirmó la primera y obligó a su cumplimiento. La tercera estableció la oficina de hipotecas en las cabezas de partido de todo el reino, y reglamentó la forma de llevar las inscripciones en los siguientes términos: "La toma de razón ha de estar reducida a referir la data o fecha del instrumento, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad del contrato, obligación, diciendo si es imposición, venta, fianza, vínculo u otro gravamen de esta clase, y los bienes raíces gravados e hipotecados que contienen instrumento con expresión de sus nombres, cabida, situación y linderos en la misma forma que se exprese en el instrumento".

Más adelante añadía: "Ejecutado el registro pondrá el escribano del cabildo en el instrumento exhibido la nota siguiente: «Tomada la razón en el oficio de hipotecas del pueblo tal, al folio y antes, en el día de hoy»; concluirá con la fecha: la firmará y devolverá el instrumento a la parte, a fin de que si el interesado quisiera exhibirla al escribano originario, ante quien se originó, para que en el protocolo anote estar tomada la razón, lo pueda hacer; el cual está obligado a advertirlo en dicho protocolo". La cuarta ley sometía a registro las donaciones piadosas y complementaba las anteriores.

En este orden de ideas, el registro en el derecho español tenía dos fines: a) dar publicidad a las enajenaciones efectuadas sobre los bienes raíces, hipotecas, censos, para proteger a terceros, y b) dar mérito probatorio, en el sentido de que las escrituras una vez registradas prestaran fe en juicio, es decir, fueran tenidas en cuenta para probar el respectivo contrato.

103. Primeros años de la república

Las oficinas de registro se establecieron en Colombia en 1779, según los lineamientos de la *Pragmática Real* de Carlos III de 1768. La revolución de

[7] José J. Gómez, *op. cit.*, págs. 283 a 285.

independencia iniciada el 20 de julio de 1810 no implicó cambios inmediatos en el sistema jurídico. Gran parte del derecho castellano-indiano continuó vigente en la primera mitad del siglo XIX, mientras lentamente se dictaban nuevas disposiciones. La Constitución de 1821 declaró con fuerza y vigor las leyes que hasta ese momento regían en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opusieran a la Carta ni a los decretos y las leyes que expidiera el Congreso. En esta forma continuaron rigiendo las normas que existían sobre registro; como se verá posteriormente, las primeras disposiciones dictadas en la era republicana en esta materia datan de 1825, pero el cambio de alguna significación se produce en 1844.

La ley de procedimiento civil de 13 de mayo de 1825 determinó el siguiente orden de prelación de las disposiciones aplicables por los tribunales de la república: "1) las decretadas o que en lo sucesivo se decreten por el poder legislativo; 2) las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos, ordenanzas del gobierno español sancionadas hasta el 18 de marzo de 1808 que estaban en observancia bajo el mismo gobierno en el territorio que forma la república; 3) las leyes de la *Recopilación de Indias*; 4) las de la *Nueva Recopilación* de Castilla, y 5) las *Siete Partidas*"[8].

Luego vendrían las Constituciones de 1832, 1843, 1858 y 1863, y, en consecuencia, nuevas regulaciones procedimentales que establecieron el orden que debía tenerse en cuenta para la aplicación de las leyes. Así, por ejemplo, el Código Judicial de la Unión, adoptado por la ley 57 bis de 7 de junio de 1872, en su artículo 1941 fijó el siguiente: "1) las leyes que expedía el congreso de este año, y las que en lo sucesivo expida la misma corporación; 2) las expedidas por la Convención Nacional de 1863, y por los congresos posteriores a ella, y anteriores al del presente año, en orden cronológico inverso; 3) los decretos de carácter legislativo expedidos por el gobierno provisional desde 1861 hasta el 4 de febrero de 1863; 4) las leyes expedidas por el Congreso de la Nueva Granada desde 1845 hasta 1857, en orden cronológico inverso; 5) las de la *Recopilación Granadina*; 6) las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del gobierno español, expedidas hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo dicho gobierno en el territorio que forma hoy la Unión colombiana; 7) las leyes de la *Recopilación de Indias*; 8) las de la *Nueva Recopilación* de Castilla, y 9) las de *Las Siete Partidas*"[9].

La Constitución de 1886 originó la expedición de la ley 153 de 1887, cuyo artículo 15 declaró abolidas todas las leyes españolas. En consecuencia, su

[8] EDMOND CHAMPEAU y ANTONIO JOSÉ URIBE, *Tratado de derecho civil colombiano*, t. I, De las personas, Paris, Librairie de la Société du Recueil Général des Lois et des Arrêts, 1899, pág. 3.

[9] FERNANDO VÉLEZ, *Datos para la historia del derecho nacional*, Medellín, Imprenta del Departamento, 1891, págs. 78 y 79.

aplicación quedó limitada a resolver las controversias surgidas con ocasión de actos ejecutados o contratos celebrados durante la vigencia de esas leyes[10].

Consolidada la independencia, en los primeros años de la era republicana se expidieron varias leyes sobre el registro, entre las cuales merecen especial mención las siguientes:

a) Ley de 11 de mayo de 1825. Constituye el primer ensayo de registro de la propiedad inmueble; el capítulo IV, sección 2ª, estableció que en la capital de cada cantón existiera un "anotador de hipotecas", cargo que desempeñaría el secretario de la municipalidad, quien tenía más funciones de secretario judicial que de registrador. La ley no señaló funciones ni determinó los actos sujetos a registro, y se remitió a las leyes vigentes, que en ese momento eran las españolas.

b) Ley de 22 de mayo de 1826. Incorporó a la hacienda nacional el oficio de anotación de hipotecas, estableció los derechos de registro según el título; prescribió las reglas relativas a la inscripción de imposiciones, censos o cualquiera otro gravamen, e indicó que también se encargaría del registro de los actos civiles, judiciales o extrajudiciales que constaren en escritura pública, siempre y cuando la cuantía fuere igual o superior a cuatrocientos pesos. Trató en el capítulo I, "De la anotación de hipotecas", y en el II, "Del registro". El registro servía para dar mayor publicidad a las escrituras en que se hicieran constar los contratos relativos a la propiedad inmueble; aun cuando la ley no hizo referencia expresa, estaba vigente la ley española que exigía la formalidad del otorgamiento de la escritura pública en las ventas que de inmuebles se hicieran ante los escribanos.

c) Decreto de 13 de julio de 1830 contenía disposiciones sobre registro de testamentos.

d) Leyes de 9 de abril y 28 de mayo de 1834. Reglamentaron los derechos de registro y exceptuaron todo lo que fuera objeto de beneficencia pública.

e) Ley de 19 de marzo de 1838. Aclaró la ley de 22 de mayo de 1826, y dispuso que las escrituras de hipoteca, imposición, censo o cualquiera otro gravamen y las cancelaciones, debían ser registradas en la oficina de anotación de hipotecas del cantón en donde estuviera ubicada la finca, aun cuando las escrituras hubieren sido otorgadas en otro cantón. Las escrituras públicas que versaran sobre cualquier otro género de contrato, debían ser registradas en la oficina del cantón en donde hubieran sido otorgadas.

f) Ley de 13 de mayo de 1841. Sobre los derechos de registro de escrituras públicas.

g) Ley de 1º de junio de 1844. "Sobre registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas", reorganizó el registro, creó para cada uno de los

[10] FERNANDO MAYORGA GARCÍA, "Pervivencia del derecho español durante el siglo XIX", en *Cien años del Código Civil de la nación*, vol. I, Bogotá, Ministerio de Justicia, Superintendencia de Notariado y Registro, 1987, pág. 192.

cantones una oficina de registro de instrumentos públicos y anotación de hipotecas cuyo funcionamiento responsable tendría esa denominación. Determinó que el objeto del registro de los actos o instrumentos era darles mayor autenticidad para que valieran en juicio y fuera de él. El registro servía de solemnidad esencial para la validez de los actos, y su omisión en materia contractual implicaba el no surgimiento de obligaciones y la inoponibilidad frente a terceros. El registro pasó de servir de medio de publicidad a ser requisito necesario para el perfeccionamiento de los actos y contratos.

El registrador debía llevar un libro en el cual anotaba un extracto o resumen de los instrumentos o actos sujetos a registro, y un índice para cada uno de los libros de registro y anotación. Señaló de obligatorio registro, entre otros, los siguientes actos y documentos: las sentencias en asuntos civiles, las diligencias de remate de bienes raíces, las transacciones escrituradas, los poderes, las patentes de navegación, los testamentos, los títulos de minas, las cancelaciones de toda obligación escriturada, los títulos de privilegios exclusivos, las escrituras públicas de compra, venta, cambio, permuta, mutuo, de imposiciones, de censo y, en general, toda especie de contrato. El registro debía solicitarse dentro del término de veinte días, so pena de pagar doblados los derechos.

El capítulo IV versaba sobre la anotación de hipotecas, establecía que la hipoteca especial y expresa se constituía por escritura pública debidamente anotada y registrada dentro de los veinte días siguientes a la fecha de otorgamiento, y que de no hacerse en este término no podría inscribirse. Al anotador de hipotecas correspondía certificar sobre la libertad de las fincas raíces ubicadas en su cantón, señalando los censos y gravámenes. El incumplimiento de sus funciones acarreaba sanción penal y el pago de indemnizaciones por los perjuicios ocasionados. La ley 1ª de 1844 fue el primer estatuto orgánico del registro y sirvió de base a las disposiciones posteriores.

h) Decreto de 1º de octubre de 1844. Estableció las diferentes oficinas de registro en el país.

i) Ley de 17 de marzo de 1847. Determinó los derechos que podían cobrar los registradores de instrumentos públicos y los anotadores de hipotecas[11].

j) La Constitución de 1858 organizó la república, con la denominación de Confederación Granadina, por la cual los Estados tenían su legislación independiente. La Constitución de Rionegro de 1863 reitera el sistema federal, designa al país con el nombre de Estados Unidos de Colombia, lo divide en nueve Estados soberanos, cada uno de los cuales dictaría su propia legislación, deja al congreso de la Unión la expedición de la normativa de los territorios nacionales.

[11] EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES, *op. cit.*, págs. 317 y ss; GLORIA GUTIÉRREZ VIANA, *Derecho inmobiliario registral*, Bogotá, Anif, 1978, págs. 43 a 46; MANUEL FORERO NAVAS, *Tradición de los bienes: Registro*, Bogotá, Edit. Lumen, 1939, págs. 113 a 115.

Lo expresado significó que en materia de registro inmobiliario cada Estado dictara sus leyes. El Estado de Cundinamarca acogió con algunas modificaciones en 1859 el Código Civil de Chile, el cual fue redactado por don ANDRÉS BELLO y empezó a regir en la república austral el 1º de enero de 1857. Otros Estados siguieron el ejemplo, entre ellos el de Santander, que fue tenido como modelo por don Agustín Núñez para redactar el Código Civil de la Unión que rigió a partir del 1º de abril de 1873[12].

104. CÓDIGO CIVIL DE LA NACIÓN

La Constitución de 1886 rigió hasta julio de 1991. En su larga vida fue objeto de varias reformas, hasta el punto de que de sus 219 artículos solo 58 no sufrieron modificación alguna. Desde el punto de vista de la organización política cambia el Estado federal por la república unitaria. La ley 57 de 1887 acogió como Código Civil de la nación el que fuera aprobado para la Unión en 1873.

El Código Civil colombiano es una copia imperfecta del chileno. Entre las instituciones que rompieron con la tradición del derecho clásico romano y español, figura el registro de la propiedad inmueble. Varias fueron las fuentes de inspiración de don ANDRÉS BELLO como redactor del Código Civil chileno, entre ellas sobresale el Código Civil francés de 1804, hasta el punto de que muchos doctrinantes afirman que se trata de una reproducción literal. Sin embargo, la regulación de algunas instituciones, tales como el sistema de adquisición de la propiedad inmueble sometida al registro conservador, requisito indispensable para que se produzca la tradición, y la teoría del título y el modo, permiten concluir que también tuvo en cuenta el Código Civil austríaco de 1811, las leyes españolas, el derecho romano, el prusiano y el holandés, entre otros.

En el mensaje que acompañó el proyecto de Código Civil chileno sus redactores reconocen que la institución del registro conservador "se aproxima a lo que tiempo atrás ha existido en varios Estados de Alemania, y que otras naciones civilizadas aspiran actualmente a imitar"[13].

De todo lo expresado se infiere que el sistema prusiano, plasmado en las leyes austríacas de 1783, sirvió para definir el alcance y contenido del registro, con las diferencias propias que tendría la incidencia de las leyes españolas que hasta ese momento eran aplicadas, las cuales coexistieron con las normas que poco a poco fueron dictadas después de la independencia por los Estados autónomos.

Mientras en el Código Civil chileno solo quedó delineada la institución del registro conservador, dejando a normas posteriores su reglamento, el

[12] EDUARDO RODRÍGUEZ PIÑERES, *Derecho civil colombiano*, t. I, Medellín, Biblioteca Jurídica Dike, 3ª ed. corregida, 1990, págs. 25 a 27.

[13] LUIS CLARO SOLAR, *op. cit.*, pág. 315.

Código colombiano, en el libro IV, título XLIII, se pronunció en detalle, dedicando los artículos 2637 a 2682. El libro IV estaba reservado a las obligaciones y contratos, de ahí la indebida ubicación del reglamento del registro de instrumentos públicos, cuyo contenido es más de la esencia del libro II, "De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce".

El título XLIII determinó que el objeto del registro era servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales, dar publicidad a los actos y contratos y dar mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos; excluyó la finalidad de servir como solemnidad para la validez de los actos consagrados en la ley 1ª de 1844.

En los artículos 759, 785 y 789 del Código Civil se configuraba otra finalidad, la de transferir la posesión inscrita, así como la de cancelarla. Empero, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 27, IV, 1955 concluyó que en el derecho colombiano no existe la posesión inscrita, solo la material. En ella se afirma que don ANDRÉS BELLO adoptó la posesión tabular del Código Civil austríaco de 1811, pero esta fue suprimida por las reformas de 1914 y 1918 al adoptarse el sistema posesorio alemán y suizo, donde la inscripción solo sirve para efectuar la tradición y probar la titularidad del derecho, más no la posesión. Otro tanto ocurrió en España, donde la ley hipotecaria de 1861 —que siguió en parte los lineamientos del Código Civil austríaco e introdujo la posesión tabular o inscrita, incompatible con la posesión material— fue abolida por la ley que empezó a regir el 1º de enero de 1944[14].

El artículo 2461 del Código Civil señaló los libros que llevaría el registrador. Ellos eran el libro primero para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes inmuebles; el libro segundo para la inscripción de los títulos, actos y contratos que deban registrarse y no estén contemplados en la relación anterior, y el libro anotador de hipotecas, además del libro índice para cada uno de los anteriores (C. C., art. 2643).

Leyes posteriores ordenaron llevar, entre otros, los siguientes libros: libro de registro de causas mortuorias, de autos de embargo y el de demandas civiles (ley 57 de 1887); libro de registro de instrumentos privados (ley 39 de 1890); libro par e impar de los libros primero y segundo para facilitar el proceso de inscripción (ley 68 de 1919); libro de registro de prenda agraria (ley 24 de 1921); libro de registro del patrimonio de familia (ley 70 de 1931); libro de matrícula, libros de índices de causantes, tradentes, deudores, poderdantes, demandantes y libros índices de causahabientes, acreedores, apoderados, demandados (ley 40 de 1932); libro de contribuciones de valorización (decr. 1604 de 1966), etc. La cantidad de libros que debían consultarse hacía dispendioso conocer la situación real de un inmueble y la expedición de certificados. El sistema de libros múltiples o sistema personal imperó hasta 1970.

[14] C. S. de J. "G. J.", t. LXXX, núm. 2153, págs. 87 y ss.

Entre los títulos, actos y documentos sujetos a registro se encontraban: los contratos y sentencias que causaban traslación o mutación del dominio de bienes raíces; los títulos constitutivos de hipoteca, usufructo, uso, habitación, servidumbres reales y, en general, los que causaren gravámenes o limitaciones al dominio sobre inmuebles; los testamentos, sentencias aprobatorias de la herencia, especialmente si versaban sobre inmuebles; las diligencias de remate de bienes raíces; los títulos de registro de minas, privilegios; los documentos otorgados o protocolizados por el notario, la cancelación de los títulos registrados, etc.

Los artículos 2657 y siguientes del Código Civil regularon la forma de hacer el registro. El interesado debía presentar copia auténtica del título o documento, de la cual se extractaban los aspectos más importantes, con indicación de la fecha del registro y era firmado por el registrador, que dejaba constancia en el título con indicación del folio y libro en que se había efectuado.

Después del Código Civil fueron dictadas una serie de normas que pretendían complementar o actualizar la institución, entre ellas se encuentran[15]: a) Ley 14 de febrero de 1887. Aseguró la continuidad de los círculos de registro creados por los Estados y determinó que los registradores serían nombrados por el gobernador de ternas presentadas por los tribunales superiores. b) Ley 34 de 5 de marzo de 1887. Actualizó el monto de los derechos de registro. c) Ley 95 de 2 de diciembre de 1890. Determinó que los círculos registrales debían coincidir con los círculos judiciales. d) Ley 56 de 1904. Fijó el plazo de 90 días para el registro de las escrituras de hipoteca, contados a partir de su otorgamiento, y señaló los documentos exentos de los derechos de registro, y e) Ley 50 de 1905, sobre movilización de la propiedad raíz, institución que consiste en convertir un inmueble en un valor mueble, representando una finca en cédulas.

105. LEY 40 DE 1932. LA MATRÍCULA INMOBILIARIA

La ley 40 de 1932, "sobre reformas civiles" (registro y matrícula de la propiedad), pretendió profesionalizar el registro y modernizar el sistema utilizado. En esa época correspondía a las asambleas departamentales la facultad de crear círculos de registro. Llegó un momento en que en cualquier villorrio era creado un círculo, y se improvisaba la designación de los responsables, situación que perjudicaba el servicio y lo hacía poco rentable. Con el objeto indicado se determinó que no podría haber sino un solo círculo de registro por cada círculo judicial, y que el registrador debía cumplir con los

[15] GLORIA GUTIÉRREZ VIANA, *Derecho inmobiliario registral*, Bogotá, Anif, 1978, págs. 48 y 49.

requisitos exigidos para ejercer la profesión de abogado o llevar diez años de práctica en el oficio. Fijó un término perentorio de dos días para la expedición de certificados, su incumplimiento acarreaba multas.

Previó la uniformidad de los libros de registro; para tal efecto serían suministrados por el gobierno nacional y su pago estaba a cargo de los registradores. La vigilancia y control de la función fue asignada a los jueces de circuito en lo civil y al Ministerio de Gobierno. La citada ley 40 modernizó el sistema utilizado para llevar los libros índices.

Merece comentario especial la creación del libro de matrícula de la propiedad inmueble, consagrada en los artículos 20 a 26 de la ley 40 de 1932. El jurista LUIS FELIPE LATORRE, redactor del proyecto de ley, siguió los lineamientos del Código suizo expedido en 1907 y puesto en vigencia en 1912; las limitaciones de orden jurídico, técnico y administrativo impidieron adoptarlo en toda su extensión, ya que hubiere implicado una reforma a fondo del Código Civil, cambiar la organización del registro inmobiliario y contar con un catastro técnico y actualizado.

Estos obstáculos obligaron a mantener la estructura vigente e idear un proceso mediante el cual, sin realizar cambios sustanciales inmediatos, se fueran dando en forma paulatina las condiciones para sustituir los libros múltiples por el libro de matrícula inmobiliaria. Este consistía en un libro de doble página, donde cada juego de hojas dobles se destinaba a una finca, sin perjuicio de que fueran necesarios otros folios en la medida que la historia se extendía.

Constaba de dos partes: el encabezamiento, utilizado para el nombre, nomenclatura de la finca, su distinción entre urbano y rural, y sus columnas con destinación específica. La primera determinaba la finca por su ubicación, cabida y linderos, en ella se consignaban los cambios que se fueran produciendo por englobamiento y fraccionamiento; la segunda columna, para reseñar en forma cronológica las mutaciones en el dominio; la tercera estaba destinada a la servidumbre y demás limitaciones, la cuarta daba cuenta de las hipotecas y gravámenes así como de sus cancelaciones; la quinta hacía lo propio con los embargos y demandas civiles, la sexta columna servía para otras referencias y observaciones de la finca.

La coexistencia de dos sistemas de registro, el del Código Civil basado en libros múltiples de carácter personal y el de la ley 40 de 1932 — estructurado sobre la matrícula inmobiliaria, pretendía presentar en un momento dado el estado jurídico de un bien sin tener que revisar los libros, a diferencia de los anteriores era de naturaleza real—, fue perjudicial en la consolidación de la matrícula inmobiliaria, que se convirtió en un departamento informativo de consulta que no siempre estaba actualizado, por cuanto el registro se perfeccionaba cuando se llevaba la anotación en libros múltiples y los funcionarios responsables lo tomaron como accesorio o auxiliar. Además, el catastro no estaba desarrollado, requisito indispensable para que la matrícula inmobiliaria se impusiera[16].

La ley 40 fue reglamentada por los decretos 457 y 1332 de 1933, y la ley 50 del mismo año aplazó la vigencia por cuestiones presupuestales, de tal forma que solo a mediados de 1934 se inició la implantación de la matrícula.

El decreto extraordinario 1778 de 1954, que no fue publicado y nunca rigió, le concedía valor legal a la matrícula, nacionalizaba los servicios de notariado y registro, y regulaba la relación entre catastro y registro. A pesar de su inaplicabilidad, es tenido como el antecedente del decreto 1250, estatuto actual del registro inmobiliario.

106. NORMATIVA APLICABLE AL REGISTRO INMOBILIARIO

El artículo 131 de la Constitución Política prevé que compete a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los registradores y al gobierno la creación, supresión y fusión de los círculos de registro y la determinación del número de oficinas. Las normas que hacen parte del régimen registral vigente no han sido revisadas y actualizadas con base en la nueva Carta Política.

El estatuto básico de registro de instrumentos públicos está contenido en el decreto-ley 1250 de 1970, modificado por el decreto-ley 2156 de 1970. Posteriormente, el decreto-ley 1711 de 1984 incluyó normas relativas a la interrelación registro-catastro, a la tecnificación y reorganización administrativa de las oficinas de registro mediante la utilización de microfilmación y sistemas computarizados, creación de la división operativa y de dos oficinas de registro adicionales en Bogotá y una en Medellín.

Así mismo, el decreto 2158 de 1992, al determinar la estructura, organización y atribuciones de la Superintendencia de Notariado y Registro, trae varias disposiciones atinentes a la función registral. Después se dictó el decreto-ley 1669 de junio 27 de 1997, que derogó algunas disposiciones del decreto 2158 y suprimió o fusionó dependencias de la Superintendencia. El decreto 1708 de 1989, fijó los derechos por concepto de registro y expedición de certificados; fue derogado por el decreto 1428 de 2000, que estableció nuevas tarifas para la prestación del servicio registral.

El régimen de los notarios, establecido en el decreto 960 de 1970, es aplicable en parte a los registradores de instrumentos públicos por mandato del artículo 61 del decreto-ley 1250 de 1970. Empero, esta norma debe ser objeto de revisión con base en el artículo 131 de la Constitución, que exige concurso solo para proveer los cargos en propiedad de notarios y guarda silencio en el caso de los registradores.

[16] EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, "El registro de la propiedad inmobiliaria en Colombia", en *Cien años del Código Civil de la nación*, t. I, Bogotá, Ministerio de Justicia, Superintendencia de Notariado y Registro, 1987, págs. 164 y 165.

En Colombia el estatuto de registro es de carácter procedimental o adjetivo; las normas que justifican la función registral se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico sustantivo. A manera de ejemplo: en el Código Civil, especialmente en el libro segundo, De los bienes; en el Código de Comercio; en infinidad de leyes creadoras de instituciones como el patrimonio de familia, la contribución de valorización, la propiedad horizontal; las reformas agraria y urbana, y en otras disposiciones procesales como el Código de Procedimiento Civil, el Código Contencioso Administrativo, etc.

A) *Decreto-ley 1250 de 1970*

La ley 8ª de 1989, revistió al presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para expedir el estatuto de registro, las cuales ejerció con la expedición del decreto-ley 1250 de 1970. En su momento esta normativa constituyó una regulación sistemática, organizada y coherente que no reformó la estructura del Código Civil, pues solo hizo referencia a las funciones instrumental y administrativa.

Las principales innovaciones del decreto-ley 1250 de 1970, que serán tratadas en detalle posteriormente y de las cuales basta por ahora una breve cita, son:

a. Nacionalizó el servicio de registro inmobiliario. Conforme al artículo 1º el registro es un servicio del Estado que se presta por funcionarios públicos. El artículo 67 ordenó que todos los derechos de registro pertenecen al tesoro público. Antes de entrar a regir el decreto-ley 1250 de 1970, las oficinas eran de propiedad particular, y los emolumentos pertenecían al registrador que, por sus funciones, adquiría la calidad de empleado público.

b. Derogó el título 43 del Código Civil, la ley 40 de 1932 y las disposiciones que le fueran contrarias. Consagra un sistema de registro real, que supera las inconsistencias de la ley 40 de 1932, que al dejar vigente el título 43 del Código Civil permitió la coexistencia del sistema personal con la multiplicidad de libros y el sistema real con la creación del libro de matrícula.

c. De su articulado se infieren una serie de principios que informan la función registral: especialidad, rogación, prioridad o rango, legalidad, legitimación y tracto sucesivo.

d. Estructura un proceso de registro de cuatro etapas: radicación, calificación, inscripción y constancia de haberse ejecutado la inscripción, de tal manera que si se omite una de ellas el registro no se considera efectuado.

e. Determinó los actos sujetos a registro (art. 2º), que se contraen a todos aquellos que consten en documento público y que versen sobre derechos reales vinculados a la propiedad del inmueble, así como los que impliquen su cancelación.

B) *Decreto-ley 2156 de 1970*

Este decreto fue dictado para cubrir algunos vacíos detectados en el decreto-ley 1250 de 1970. Sus principales aportes fueron, entre otros, los siguientes:

a) Determinó que las oficinas de registro llevarían un libro diario radicador de certificados, en el cual se anotan sucesiva e ininterrumpidamente las solicitudes de certificados y la fecha de su expedición.

b) Expresó: "... que los certificados debían expedirse o diligenciarse siguiendo el orden de radicación y someterse a calificación o examen jurídico".

c) Otorgó a la Superintendencia de Notariado y Registro la facultad de conceder prelaciones temporales en la expedición de certificados y el registro de documentos para facilitar programas de vivienda.

d) Dispuso que el gobierno nacional unificaría el formato del encabezamiento de las escrituras públicas para que en él aparecieran los datos esenciales y así facilitar la calificación.

e) Modificó el decreto-ley 1250, al establecer que el registrador sería designado por el gobierno nacional para períodos de cinco años. De acuerdo con los decretos 1659 de 1978, ya derogado, y el decreto 2158 de 1992, vigente, los registradores seccionales los nombra el superintendente de notariado y registro.

f) Previó que el gobierno nacional a solicitud de la Superintendencia podría crear los cargos de registradores delegados.

g) Determinó que la Superintendencia podía autorizar transitoriamente la firma de certificados en el funcionario postulado por el registrador, en aquellas oficinas con excesivo recargo de trabajo.

C) *Decreto-ley 1711 de 1984*

Revisado el estatuto de registro se concluyó que debía actualizarse para permitir la modernización de las oficinas de registro, por tal motivo se dictó el decreto-ley 1711 de 1984, cuyas novedades fueron las siguientes:

a. Estableció el intercambio obligatorio de información entre las oficinas de registro y las oficinas de catastro. Los registradores debían enviar información relacionada con la mutación de la propiedad dentro de los primeros diez (10) días de cada mes a las oficinas de catastro. Por su parte, estas últimas informarían la asignación de los números catastrales correspondientes a los predios que generaban una nueva ficha predial y enviarían el plano respectivo del inmueble cuando este existiera.

Las oficinas de catastro y registro debían adoptar un número único de identificación predial. Para cumplir con este objetivo hay gran dificultad, básicamente por dos obstáculos:

1) Las oficinas de registro tienen una competencia territorial que por regla general incluye dos o más municipios. A partir del decreto 1250 de 1970, las matrículas inmobiliarias se abrieron indistintamente por orden numérico y cronológico sin discriminar los municipios. A su vez, los catastros municipales abren para cada predio una cédula en un orden cronológico completamente distinto.

2) Para abrir una matrícula inmobiliaria se debe tener la certeza de que existe un titular del derecho de dominio sobre el inmueble. En cambio, las cédulas catastrales no solo se conceden a los inmuebles con titular del dominio, sino también a aquellos cuyo ocupante ostenta la calidad de poseedor.

b. Estableció algunos procedimientos y mecanismos para agilizar y tecnificar la función registral. Entre ellos conviene citar los siguientes:

1) Autorizó a la Superintendencia de Notariado y Registro para que sistematizara el servicio de registro y los archivos, mediante el empleo de las técnicas y procedimientos más avanzados que garanticen la seguridad, celeridad y eficacia del proceso.

2) Creó la oficina de informática y sistemas de la Superintendencia, que entre otras funciones estaba facultada para: a) analizar, diseñar e implantar la sistematización de la información de la Superintendencia y de las oficinas de registro, b) velar por el manejo adecuado de la información sistematizada y facilitar su utilización.

3) Estableció que sin modificar las etapas de registro, los trámites y procedimientos de las oficinas se ajustaran a las técnicas modernas de sistematización y conservación de archivos.

4) Determinó que la matrícula inmobiliaria podría llevarse en folio o en cualquier otro sistema de reconocido valor técnico para manejo de información. Con ello dio posibilidad a técnicas como la microfilmación, el sistema de imagen, los sistemas manejadores de bases de datos, etc.

5) Para facilitar la sistematización de la información contenida en el folio real previó que podía prescindirse de la transcripción de los linderos, citando el título o documento que los contenía.

6) Determinó que en Bogotá habría tres oficinas de registro y dos en Medellín, para descongestionar y agilizar los trámites[17].

D) *Tarifas de registro. Decreto 1428 de 2000*

El decreto 1708 de 1989 establecía las tarifas de registro y rigió por más de diez años. Fue derogado por el decreto 1428 de 2000, cuyos principales aspectos son:

[17] Eduardo Caicedo Escobar, "Folio de matrícula inmobiliaria en medio documental y magnético", en *Derecho notarial y registral*, Santa Fe de Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1995, págs. 177 a 179.

1) Cada uno de los actos que por su naturaleza carecen de cuantía en el documento que sirve de base para liquidar los derechos de registro, paga la suma de ocho mil pesos. Si deben inscribirse en varios folios, cancelarán mil pesos por cada matrícula adicional.

2) Si el acto o negocio jurídico tiene cuantía, los derechos equivalen al cinco por mil del valor del acto, monto que si es inferior a la tarifa asignada a los actos sin cuantía causará un costo de ocho mil pesos. En todo caso el monto base de la liquidación será el mayor entre el valor consignado en el documento y el avalúo o autoavalúo catastral.

3) Si el acto o contrato implica la apertura de matrículas, se liquida una suma adicional de mil pesos por cada folio que deba abrirse.

4) Las cancelaciones de inscripciones, salvo lo previsto para la liberación y cancelación de hipotecas y demás exenciones contempladas en el decreto, se liquidan como actos sin cuantía. No sucede lo mismo con la resolución, rescisión o resciliación contractual, cuyos derechos se cobran con base en el documento contentivo del negocio que se deja sin efecto.

5) La reproducción de la constancia de inscripciones sobre copia auténtica o autenticada del documento inscrito causa derechos por cinco mil pesos.

6) Los certificados de libertad y tradición tienen un valor de siete mil pesos.

7) El decreto establece una serie de tarifas especiales, a manera de ejemplo, los negocios jurídicos de adquisición, hipoteca, patrimonio de familia y afectación de vivienda de interés social nueva de los inmuebles comprendidos hasta el rango de estratificación social tres y en los inmuebles rurales adquiridos con subsidio del Incora, los derechos registrales equivalen a la mitad de los ordinarios y el certificado de libertad y tradición cuesta la mitad del valor indicado en el numeral anterior.

8) El decreto reitera las tarifas especiales consagradas en la ley 546 de 1999 respecto a los derechos de registro para la constitución y cancelación de hipoteca. Así mismo, repite las tarifas establecidas en el decreto 2157 de 1995, que fija en mil pesos el costo para inscripción de documentos y expedición de certificados de inmuebles identificados con planos prediales catastrales, siempre y cuando cumplan con los requisitos exigidos. Igual tarifa se cobra en el caso de cesión de bienes fiscales.

9) Determina las actuaciones que en razón de beneficiar a entidades públicas no causan ninguna erogación por concepto de registro. Si tales instituciones contratan con particulares, los derechos serán cancelados por estos y equivalen a la mitad de la tarifa normal.

10) Por primera vez consagra la suspensión del proceso de inscripción de un documento cuando la suma cobrada por el registro del mismo sea inferior a la tarifa prevista en el decreto. En tal caso el registrador ordenará el recaudo del valor adecuado y suspenderá el registro hasta que este sea pagado.

11) Determina que si un documento no puede registrarse, el interesado puede solicitar la devolución o reintegro de los valores pagados, dentro de los cuatro meses siguientes a la ejecutoria del acto que niega la inscripción. Una vez vencido este término, precluye el derecho a la reclamación. Para certificados el plazo es de un mes contado a partir de la fecha de desanotación de la solicitud.

Si la oficina de registro cobró unos derechos superiores a los establecidos, el interesado tiene un término de cuatro meses para solicitar la devolución correspondiente, contados a partir de la desanotación del documento.

La Superintendencia de Notariado y Registro mediante resolución 5123 de noviembre 2 de 2000 reglamentó el procedimiento de expedición de copias, las consultas de los índices de inmuebles y de propietarios, los recaudos adicionales en las oficinas de registro y la devolución de los dineros cobrados en exceso.

107. Dirección, inspección y vigilancia

Los decretos-leyes 2158 de 1992 y 1669 de 1997 establecen la estructura, organización y funcionamiento de la Superintendencia de Notariado y Registro. Antecedente de estas disposiciones fue el decreto-ley 1659 de 1978, que concibió al ente rector de los servicios públicos de notariado y registro como un organismo perteneciente a la rama ejecutiva del poder público. El presidente de la república en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 20 transitorio de la Constitución Política de 1991, reestructuró la Superintendencia de Notariado y Registro, institución que es una unidad administrativa especial, adscrita al Ministerio de Justicia, con personería jurídica y patrimonio autónomo. Dentro de la estructura de la administración pública, es un organismo *sui generis*, ya que en virtud de sus atribuciones legales participa de las características y funciones que son propias de las superintendencias, de las unidades administrativas especiales y de los establecimientos públicos.

Basta revisar el decreto 1050 de 1968 que definió las superintendencias como organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de autonomía administrativa y financiera que les señale la ley, cumplen algunas de las funciones que corresponden al presidente de la república como suprema autoridad administrativa, y las que la ley les asigna. El precitado decreto se refiere a la unidad administrativa especial como organismo de la administración nacional, de la rama ejecutiva del poder público, cuya finalidad es atender ciertos programas propios de un ministerio o departamento administrativo.

La Superintendencia de Notariado y Registro, al ser dotada de personería jurídica y patrimonio propio, se asemeja a un establecimiento público; al ejercer la inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado y registro se confunde con una superintendencia, pero al dirigir, organizar y administrar

las oficinas de registro incurre en una confusión de funciones que deja serias dudas si se coteja con el mandato constitucional del artículo 131 de la Carta, que en la materia objeto de estudio establece que el servicio público del registro será prestado por registradores. Por lo pronto, el decreto 2158 siguió los lineamientos del decreto 1659, al considerar la Superintendencia como una unidad administrativa especial, persistió con el modelo híbrido y, por ende, la hace partícipe de atributos inherentes a cada uno de los entes de la administración pública analizados, superintendencia, establecimiento público, unidad administrativa especial, que nos lleva al punto donde llegan los juristas cuando pretenden determinar la naturaleza jurídica de una institución que no pueden enmarcar en ninguna parte: de considerarle *sui generis*, pues desborda la organización y regulación de los entes tradicionales.

Conforme con el artículo 1º del decreto 2158 de 1992 la Superintendencia de Notariado y Registro tiene como objetivos la dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado y registro de instrumentos públicos. Son sus funciones las siguientes:

a. Velar por la adecuada y eficaz prestación de estos servicios públicos y orientar a los responsables sobre el particular, instruir sobre la aplicación de las normas que rigen su actividad y establecer criterios, pautas y procedimientos para su cumplimiento a notarios y registradores.

b. Ejercer la inspección y vigilancia, practicar visitas, adelantar investigaciones e imponer sanciones a notarios y registradores.

c. Establecer sistemas administrativos y operativos para la eficiente prestación de los servicios de notariado y registro.

d. Proponer al gobierno nacional la creación o supresión de notarías, oficinas de registro, la fijación de tarifas y presentar al Ministerio de Justicia proyectos de ley o reglamentos relacionados con los servicios de notariado y registro de instrumentos públicos.

e. Asignar a las oficinas de registro el presupuesto para su funcionamiento.

108. Estructura de la Superintendencia

Para cumplir con su objeto y funciones la Superintendencia cuenta con una estructura organizacional compuesta de un aparato centralizado y uno descentralizado dependiente del primero. En efecto, tiene un consejo directivo, presidido por el ministro, o el viceministro de justicia, un superintendente de notariado y registro, y una serie de oficinas, secretarías y divisiones destinadas al normal funcionamiento de las oficinas centrales.

Por otra parte, pero dependiendo en línea del superintendente, se encuentran dos superintendentes delegados, uno para el notariado y otro para el registro de instrumentos públicos, designados como en el caso del superintendente general por el presidente de la república, pero con dependencia funcional

de aquel, a quien compete entre otros aspectos decidir los recursos de apelación de asuntos que han conocido los superintendentes delegados para el notariado y el registro.

Revisadas en su conjunto las funciones inherentes a cada uno de los superintendentes es dable afirmar que el superintendente de notariado y registro dirige estos servicios públicos, con facultades para delegar; a su vez los superintendentes delegados vigilan, inspeccionan y controlan, en su órbita de competencia, el notariado y el registro.

El decreto-ley 1669 de 1997 asignó a la Secretaría General de la Superintendencia la función de dirigir, coordinar y controlar las actividades de las oficinas de registro, de tal manera que los servicios a cargo de estas se presten conforme a las directrices del gobierno, a las políticas, planes y programas de la Superintendencia y a los servicios de apoyo administrativo, financiero y técnico que requieran en el desarrollo de sus funciones.

Recientemente se definió una reorganización interna en la superintendencia que redistribuye funciones entre la delegada para el registro, la oficina de auditoría interna y la oficina de control interno disciplinario. A la superintendencia delegada para el registro corresponde proponer políticas, planes y programas relacionados con la regulación, inspección y vigilancia del registro de instrumentos públicos y proferir los fallos en las investigaciones que se adelanten contra los registradores.

A la oficina de auditoría interna le corresponde la vigilancia, inspección y control de las oficinas de registro desde el punto de vista administrativo, es decir, la aplicación de tarifas, funcionamiento y cumplimiento de la actividad registral. La oficina de control interno disciplinario recepciona e instruye las quejas y reclamos relacionados con el servicio público de registro.

109. OFICINAS DE REGISTRO

De conformidad con el artículo 27 del decreto 2158 de 1992, las oficinas de registro son dependencias de la Superintendencia de Notariado y Registro, pero autónomas en el ejercicio de la función registral. Lo expresado significa, salvo mejor opinión, que dependen administrativamente de la Superintendencia, pero gozan de cierta independencia en las funciones inherentes al registro de la propiedad, tal como ocurre con la inscripción de documentos, su inadmisión, la expedición de certificados, etc., por cuanto los dos primeros como actos administrativos solo son susceptibles del recurso de reposición para agotar vía gubernativa.

No sucedía lo mismo con el decreto 1659 de 1978, derogado, que de sus artículos 34 y 35 se infería la existencia del recurso de apelación ante la Superintendencia, respecto a las decisiones de los registradores que conservaban también la facultad de revisar sus propias decisiones con el recurso de reposición. La apelación era de suma utilidad al permitir, entre otros aspectos, la

unificación de criterios, el establecimiento de una doctrina y jurisprudencia administrativa sólida y reducir el riesgo del pago de indemnizaciones cuantiosas por falla en el servicio público del registro.

El registrador puede equivocarse y permanecer en el error, la revisión del superior jerárquico, facultado para modificar o revocar la primera decisión, además de precaver una acción contencioso-administrativa con el consecuente ahorro de los dineros del Estado, facilita una interpretación unitaria sólida que bastante falta le hace al registro de la propiedad.

En esta materia no son suficientes las posiciones interpretativas que se infieren de las instrucciones administrativas, circulares y conceptos, los cuales por ser en ocasiones muy generales no cumplen a cabalidad con una finalidad didáctica, tan necesaria en esta actividad. Conviene en un futuro no muy lejano, revisar este aspecto para consolidar un buen servicio que no pretenda vulnerar la autonomía del registrador, sino brindarle una herramienta que le facilite su actuación y le dé mayor tranquilidad, al saber que un posible error de interpretación puede ser corregido a tiempo y no cuando se ha causado un perjuicio irreparable.

Con base en los artículos 27 y 34 del decreto 2158 de 1992, las decisiones del registrador que tienen un contenido técnico o administrativo, por ejemplo el acto que decide una devolución de dinero ocasionada por la no inscripción del documento o porque los derechos cobrados exceden las tarifas establecidas, son susceptibles de los recursos de reposición y apelación, este último ante la Superintendencia de Notariado y Registro.

Las oficinas de registro se clasifican en principales y seccionales. Las primeras son cabeceras de círculo y tienen su asiento en las capitales de los departamentos y en el Distrito Capital Santa Fe de Bogotá; el artículo 29 del decreto 2158 prevé la conversión de una oficina seccional, que se caracteriza por estar ubicada en municipios diferentes a las capitales, en oficina principal, cuando el volumen de su actividad lo amerite.

Los artículos 30 y siguientes establecieron la categorización de oficinas principales y seccionales de acuerdo con el volumen de trabajo y con sus ingresos. La estructura organizacional de las oficinas principales está integrada por el despacho del registrador, las divisiones jurídica, administrativa y operativa, y las oficinas de registro seccionales. Para cumplir adecuadamente con su función pueden crearse grupos internos de trabajo con la aprobación de la Superintendencia. Por último, el registrador principal ejerce la coordinación técnica y administrativa de las oficinas seccionales.

El artículo 131 de la nueva Constitución permite reestructurar, crear y suprimir oficinas de registro con base en el volumen de trabajo, situación geográfica, ingresos y demás factores que garanticen que la decisión tomada beneficiará la eficaz prestación del servicio en todo el territorio nacional.

110. Registradores

El registro es un servicio del Estado prestado por funcionarios públicos llamados registradores. Los artículos 59 a 61 del decreto-ley 1250 de 1970 determinan el régimen jurídico de los registradores y hacen reenvío al decreto-ley 960 de 1970, estatuto de notariado. Los registradores del Distrito Capital de la República y de las capitales de los departamentos tienen el carácter de principales y los registradores de los demás municipios tienen el carácter de seccionales.

El artículo 131 de la Carta Política establece que el nombramiento de notarios en propiedad deberá hacerse mediante concurso, y guarda silencio respecto a los registradores, lo cual implica aplicar la regla general del artículo 125 constitucional, que al referirse a los empleos de los órganos y entidades del Estado señala que estos son de carrera y exceptúa los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de los trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Como la Constitución no hizo referencia de manera directa al modo cómo son nombrados los registradores, corresponde a la ley pronunciarse al respecto, sin que le sea viable desconocer el principio consagrado en la Carta respecto a los empleos de carrera, máxime que en esta materia normas anteriores a la Constitución de 1991 así lo establecieron. La Corte Constitucional se encargó de aclarar esta situación, en sentencia de acción de tutela de julio 13 de 2000, expediente T-883 con ponencia del magistrado Vladimiro Naranjo Mesa, en los siguientes términos:

"En síntesis, aunque la Carta Constitucional prevé que tanto el servicio notarial como el registral son de carácter público, por mandato legal los notarios son particulares en ejercicio de la función estatal —por virtud de la descentralización por colaboración—, mientras que los registradores son funcionarios públicos en ejercicio de sus propias funciones. Sin embargo, a pesar de la diferencia que distingue a notarios de registradores en cuanto a su naturaleza jurídica, la ley ha asimilado el tratamiento de las dos figuras con relación al régimen de acceso y permanencia en el cargo a través de un mismo procedimiento concursal. En otras palabras, lo que la Carta Fundamental dispuso directamente con relación al nombramiento de los notarios, fue asimilado igualmente por el ordenamiento legal para el nombramiento de registradores.

"Se deduce, pues, que el acceso y estabilidad de los registradores en su cargo se remite a las regulaciones que determinan los mismos factores para los notarios. Debido a esto, *existe un régimen de carrera tanto para los notarios como para los registradores...*".

Los registradores están sometidos al régimen de impedimentos, incompatibilidades, deberes, prohibiciones, responsabilidades, vigilancia, faltas, sanciones y régimen disciplinario de los notarios.

Para ser registrador a cualquier título se requiere ser colombiano, ciudadano en ejercicio, persona de excelente reputación y tener más de treinta años de edad. Además de los requisitos generales, el registrador principal debe acreditar en forma alternativa los siguientes: a) ser abogado titulado y haber ejercido el cargo de notario o registrador de instrumentos públicos por un término no menor de cuatro años; b) haber ejercido la judicatura o el profesorado universitario en derecho por seis años, o c) haber ejercido la profesión por diez años, a lo menos. Por su parte, los registradores seccionales cumplirán con los requisitos generales y deberán ser abogados titulados para acceder al cargo.

Conforme a los artículos 10 y 11, a los capítulos II a IV del título V y al título VI del decreto-ley 960 de 1970 o estatuto de notariado, y a las modificaciones del decreto-ley 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973, disposiciones aplicables a los registradores, se destacan los siguientes aspectos:

A) *Funciones incompatibles con el cargo*

La función registral es incompatible con todo empleo o cargo público, con la gestión particular u oficial de negocios ajenos, con el ejercicio de la profesión de abogado, con los cargos de representación política, con la condición de ministro de cualquier culto, con los cargos de albacea, curador dativo, auxiliar de la justicia, o con toda intervención en política distinta del ejercicio del sufragio. Se exceptúa el ejercicio de cargos docentes hasta un límite de ocho horas, y aquellos académicos o de beneficencia en establecimientos públicos o privados.

B) *Inhabilidades*

No pueden ser designados como registradores quienes se hallen en interdicción judicial; los sordos, los mudos, los ciegos y aquellos que padezcan cualquier afección física o mental que comprometa la capacidad para el debido desempeño del cargo; quienes se encuentren sometidos a detención preventiva o hayan sido llamados a juicio por infracción penal; quienes hayan sido suspendidos o excluidos del ejercicio de la profesión de abogado; quienes en el desempeño de otro cargo público hayan sido destituidos por falta grave, o suspendidos en dos ocasiones o sancionados tres veces; así como aquellas personas respecto de las cuales exista la convicción moral de que no observan una vida compatible con la dignidad del cargo.

También son inhábiles para desempeñar el cargo quienes en el año inmediatamente anterior hayan desempeñado el cargo de ministro del despacho, magistrado de la Corte Suprema de Justicia, o magistrado o fiscal de tribunal superior. Otro tanto ocurre con los nexos de afinidad y consanguinidad que se presenten entre el postulante o nominador y el registrador.

C) *Responsabilidad*

Los registradores son responsables civilmente de los daños y perjuicios que causen a los usuarios del servicio por culpa o dolo en la prestación del

servicio. Independientemente de la responsabilidad civil o penal que les pueda corresponder, responden disciplinariamente a cualquier irregularidad en la prestación del servicio.

La Superintendencia de Notariado y Registro mediante resolución 1675 de 31 de mayo del 2001 fija las competencias funcionales disciplinarias. Determina que el superintendente delegado para el registro se considera para estos efectos como el jefe inmediato de los registradores principales y seccionales y, por tanto, le corresponde fallar los procesos disciplinarios que se adelanten en su contra. Respecto a los funcionarios de las oficinas de registro, los procesos disciplinarios los falla el registrador.

Lo expresado sin perjuicio del poder disciplinario preferente que tiene la Procuraduría General de la Nación, que puede abocar de oficio o a petición de algún quejoso el conocimiento de aquellas investigaciones disciplinarias que considere importantes. Las decisiones definitivas que se tomen en ejercicio de la acción disciplinaria por parte de la superintendencia delegada para el registro son susceptibles de los recursos de reposición y apelación. Corresponde al Superintendente de Notariado y Registro decidir estos últimas.

111. Funciones del registrador

Los registradores de instrumentos públicos son responsables del funcionamiento técnico y administrativo de las respectivas oficinas. De acuerdo con el artículo 33 del decreto-ley 2158 de 1992, además de las funciones que señale la ley, cumplirán las que les delegue el superintendente de notariado y registro.

Mediante resolución 2687 de julio 28 de 1998, la Superintendencia de Notariado y Registro estableció el manual de funciones y requisitos de los diferentes empleos de la planta de personal. Del precitado acto administrativo se transcriben las funciones de los registradores principales y seccionales:

A) *Registradores principales*

"1. Organizar, dirigir y controlar técnica y administrativamente la oficina principal de registro y ejercer la coordinación y asesoría en la elaboración de la información contable y presupuestal de las seccionales del círculo respectivo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias que regulan el servicio registral y con las instrucciones y circulares emanadas de la Superintendencia.

"2. Dirigir, controlar y velar por el cumplimiento de los objetivos de la oficina de registro, en concordancia con los planes de desarrollo y las políticas trazadas por el gobierno nacional y la Superintendencia de Notariado y Registro.

"3. Velar por la eficiente prestación del servicio público registral y dar cumplimiento a las disposiciones legales y administrativas que al respecto se dicten.

"4. Autorizar o negar con su firma la inscripción de los actos o documentos presentados para su registro, de conformidad con la normatividad vigente.

"5. Autorizar con su firma la expedición de certificados de tradición.

"6. Expedir copias de las tarjetas, de los índices, certificaciones y demás documentos que reposen en el archivo y permitir el examen de todos los elementos del mismo, bajo su responsabilidad.

"7. Atender a los usuarios y resolver los asuntos especiales relacionados con el servicio público registral.

"8. Desempeñar las funciones de índole administrativo que le sean delegadas por el superintendente de notariado y registro.

"9. Cumplir y hacer cumplir la Constitución Política de Colombia, las leyes, los estatutos y reglamentos.

"10. Las demás funciones que le sean asignadas por el superintendente de notariado y registro y que estén relacionadas con la naturaleza del cargo".

B) *Registradores seccionales*

"1. Organizar, dirigir y controlar técnica y administrativamente la oficina seccional de registro de conformidad con las disposiciones legales y reglamentarias que regulan este servicio público y con las instrucciones y circulares emanadas de la Superintendencia.

"2. Autorizar o negar con su firma la inscripción de los actos o documentos presentados para su registro, de conformidad con la normatividad vigente.

"3. Autorizar con su firma la expedición de certificados de tradición, previo análisis y estudio correspondiente de los documentos fuente.

"4. Expedir copia de las tarjetas, de los índices, certificaciones y demás documentos que reposen en el archivo y permitir el examen de todos los elementos del mismo, bajo su responsabilidad, señalando mediante resolución motivada los días, horas en que se atienden tales peticiones, con la correspondiente autenticación de las copias.

"5. Expedir los actos administrativos que sean necesarios para la eficiente prestación del servicio.

"6. Atender al usuario en todo lo relacionado con el servicio registral.

"7. Tomar las medidas administrativas para el eficaz funcionamiento de la oficina y para el óptimo manejo de personal.

"8. Verificar la liquidación de los derechos de registro e impuestos de registro (ley 223/95) y ordenar su corrección si no está acorde con las normas vigentes (en las oficinas donde se haya delegado esa función).

"9. Velar por la conservación y cuidado del inventario de los bienes de la oficina seccional de registro a su cargo.

"10. Establecer controles para el manejo de folios de matrícula inmobiliaria y demás documentos que conforman el archivo de la oficina.

"11. Desempeñar las funciones de índole administrativo, presupuestal, contable y de contratación que le sean delegadas por el superintendente de notariado y registro.

"12. Elaborar, o designar en un funcionario, la elaboración de la información contable y financiera para ser enviada a la oficina principal del círculo correspondiente.

"13. Las demás funciones que le sean asignadas por el superintendente de notariado y registro y que estén relacionadas con la naturaleza del cargo".

Además de las funciones anteriores a los registradores de instrumentos públicos principales y seccionales, según instrucción administrativa 12 de julio 21 de 1998, en materia disciplinaria les corresponde:

"1. Ordenar y adelantar la indagación preliminar, cuando exista duda sobre el mérito que preste la información o la queja para iniciar investigación disciplinaria.

"2. Ordenar y adelantar la investigación disciplinaria, cuando de la queja o el informe se establezca la existencia de falta disciplinaria y la prueba del posible autor. Para ello, se observarán los parámetros de los artículos 144 y siguientes de la ley 200 de 1995.

"3. Fallar el proceso en única instancia, cuando la falta investigada tenga carácter leve, y en primera instancia cuando lo sea grave o gravísima".

112. Colegio de registradores

El Colegio de Registradores de Instrumentos Públicos de Colombia es una asociación civil sin ánimo de lucro. Como entidad gremial agrupa a quienes tienen como responsabilidad prestar el servicio público de registro. Entre los fines perseguidos se destacan los siguientes: a) asesorar al gobierno nacional en materia jurídico-registral; b) promover estudios e investigaciones sobre el registro inmobiliario; c) servir de órgano consultivo de los registradores; d) representar a los registradores en organismos nacionales e internacionales; e) fomentar el estudio del derecho inmobiliario registral y de las disciplinas afines; f) designar al registrador que en representación del gremio será miembro del consejo directivo de la Superintendencia de Notariado y Registro, de la junta directiva del Fondo Nacional de Previsión de Notariado y Registro, y otros organismos, y g) procurar el mejoramiento académico, técnico y moral de todos sus miembros.

La denominación del Colegio debe ser objeto de modificación, ya que con fundamento en el artículo 26 de la Carta, la Corte Constitucional en fallo reciente referido al Colegio de Notarios de Colombia, llamó la atención en el sentido de que no era procedente tal designación por no ser la actividad notarial una profesión.

113. Intento fallido de privatización

Desde la perspectiva del régimen jurídico laboral aplicable a los funcionarios responsables de la administración y gestión del registro inmobiliario, el servicio ha sido prestado por los secretarios del Cantón, luego por particulares con función pública, régimen similar al de los notarios en la actualidad, y desde la vigencia del decreto-ley 1250 de 1970 por funcionarios públicos.

En 1999 se pretendió sin éxito entregar el ejercicio de la función pública del registro de instrumentos públicos a instituciones o personas de derecho privado, proyecto que fracasó al ser declarado inexequible por la Corte Constitucional debido a vicios de forma en los artículos que otorgaban facultades al gobierno nacional para reformar los organismos del Estado.

El artículo 120 numeral 4 de la ley 489 de 1998, revistió al presidente de precisas facultades extraordinarias para "... suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública". El parágrafo 1º del precitado artículo estableció que el gobierno ejercitaría tales facultades "... con el propósito de racionalizar el aparato estatal, garantizar la eficiencia y eficacia de la función administrativa y reducir el gasto público".

En ejercicio de las facultades extraordinarias el gobierno dictó el decreto-ley 1122 de junio 26 de 1999, "Por el cual se dictan normas para suprimir trá-mites, facilitar la actividad de los ciudadanos, contribuir a la eficiencia y eficacia de la administración pública y fortalecer el principio de la buena fe". Los artículos 160 a 171 fueron dedicados al registro inmobiliario y al notariado; el decreto presentó las siguientes novedades en la materia objeto de estudio:

a) Dispuso que la función pública del registro de instrumentos públicos "... podrá ser ejercida por las cámaras de comercio del país, dentro del año siguiente de este decreto. En subsidio podrá estar a cargo de otros sujetos de derecho privado escogidos mediante concurso público, o del Estado directamente".

b) Estableció que en aquellos casos donde la función del registro inmobiliario fuese ejercida por las cámaras de comercio u otro sujeto de derecho privado, el régimen laboral aplicable a los empleados sería el de derecho privado.

La posibilidad de que en los diversos puntos del territorio nacional el servicio público del registro inmobiliario fuera ejercido por agentes con distintas concepciones, en la cual se preveía que en las ciudades grandes lo asumirían las cámaras de comercio, en las intermedias otros sujetos de derecho privado y el Estado en las pequeñas o no atractivas desde el punto de vista de las utilidades, reñía con la finalidad última de la institución del registro: proporcionar seguridad jurídica al comercio inmobiliario. Por fortuna, la inexequibilidad declarada por la Corte evitó el caos sobreviniente, determinación aceptada por el gobierno nacional.

Capítulo XI

LA FORMA DE LLEVAR EL REGISTRO

114. Objeto de la inscripción

En la oficina de registro de instrumentos públicos se inmatriculan fincas, se inscriben títulos, surgen a la vida jurídica los derechos reales inmobiliarios y se publicitan las titularidades. En este contexto se habla de los elementos objetivos y subjetivos de los derechos reales; corresponde a los primeros la finca, los títulos y los derechos, y a los segundos las titularidades reales.

Mediante la inmatriculación de fincas se asigna por primera vez una matrícula inmobiliaria a un inmueble que no se encontraba inscrito, con base en un acto que confiere dominio a favor del inmatriculante, tal como ocurre cuando el Estado por medio del Incora adjudica un baldío, o el municipio transfiere un inmueble que había adquirido por cesión de la nación en virtud de la ley Tocaima.

En la oficina de registro se inscriben títulos. Esta inscripción bien puede servir para producir una alteración jurídico real, como cuando ingresa una escritura de compraventa, permuta o donación de un inmueble, pero también es posible que la mutación o cambio del derecho real suceda independientemente del acto que accede para su inscripción, como cuando ingresa una sentencia que declara dueño a una persona por el modo prescripción, inscripción que es meramente publicitaria por cuanto el derecho de propiedad del prescribiente ha sido adquirido con antelación al registro.

Para que un título sea inscribible en el registro de instrumentos públicos debe referirse a derechos reales inmobiliarios o a ciertos derechos personales cuyo objeto de la prestación sea un inmueble y conste en documento público. Por otra parte, el registro publica derechos y titularidades. Es el medio eficaz de publicidad de derechos que recae sobre fincas y de los titulares que encuentran en él un medio idóneo de ser conocidos como tales por la comunidad. El acto o título que se presenta a registro contiene especificaciones que configuran e individualizan el derecho inscrito y se incorporan a la situación jurídica inscrita, constituyendo parte de su sustancia.

De lo expresado se infiere que el registro no está concebido solo para dar lugar al nacimiento de nuevos derechos reales o a la transmisión de los ya existentes, ni solo para publicar fincas, títulos y derechos, objetivos que son de es-

pecial trascendencia. El registro también sirve para describir, con sus características particulares, la situación jurídica de cada inmueble, tal como sucede con los derechos reales limitados, las condiciones resolutorias expresas, el patrimonio de familia, la afectación a vivienda familiar, los embargos, etc.

El elemento subjetivo de la publicidad es el titular registral, sujeto que al hacer constar en el registro un acto jurídico, queda designado en el folio real como portador de un derecho, facultad o expectativa sobre un inmueble; titularidad que dura mientras no ingrese un acto que cancele la anotación. Para ser titular es necesario ser persona, sea esta natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado.

115. Actos sujetos a registro

Los artículos 2º y 3º del decreto 1250 de 1970 determinan la órbita de las funciones del registrador al establecer los títulos, actos y documentos sujetos a registro y el ámbito de su competencia.

En efecto, el artículo 2º preceptúa que están sujetos a registro "... todo acto, contrato, providencia judicial, administrativa o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, medida cautelar, traslación, extinción del dominio u otro derecho real, principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario...". Así mismo, "... los actos, contratos, providencias que dispongan la cancelación de las anteriores inscripciones".

La enumeración anterior debe complementarse con el acta de conciliación cuando el acuerdo hace referencia a derechos reales inmuebles. La ley 23 de 1991 consagró la conciliación como mecanismo de solución a los conflictos que son dirimidos por conciliadores, sin intervención de la rama jurisdiccional. La conciliación es una forma de composición de los conflictos, en ella interviene un funcionario investido de facultades públicas y el acta en que consta la conciliación es un instrumento público registrable, siempre y cuando concluya una disputa de intereses y no sea un acto de disposición de los mismos.

Por otra parte, a las oficinas de registro se les encargó transitoriamente inscribir los testamentos cerrados y abiertos, para tal efecto se creó un libro de registro de testamentos, y no es necesario que el testador sea propietario de inmuebles para que su declaración unilateral de última voluntad acceda al registro.

El artículo 41 del decreto-ley 2163 de 1970 dispuso que la Superintendencia de Notariado y Registro organizaría con la cooperación del servicio nacional de inscripción el registro central de testamentos. Posteriormente, el artículo 1º del decreto 208 de 1975 determinó que mientras se organizaba esta oficina, el registro de testamentos cerrados se efectuaría en las oficinas de registro del respectivo círculo con base en la copia que expidiera el notario. Para

tal efecto se creó un libro especial denominado libro de registro de testamentos. Luego, el decreto 1265 de 1975 en su artículo 4º amplió el registro a los testa-mentos abiertos.

Respecto al testamento cerrado conviene distinguir dos momentos que originan sendas escrituras públicas. Aquella que autoriza el notario, una vez el testador les ha presentado a él y a los testigos el sobre que contiene el testamento, es una escritura pública en la que consta el lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellidos del notario, el nombre y apellidos, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos, la edad del otorgante, la circunstancia de hallarse en su entero y cabal juicio y su lugar de nacimiento. En el mismo instrumento se consignará una relación pormenorizada de la clase, estado y forma de los sellos, marcas y señales de seguridad que presente el sobre.

Fallecido el testador, el testamento cerrado es abierto y publicado por el notario o cónsul que lo autorizó. Para tal efecto, una vez reconocido el sobre y las firmas puestas en él por el testador, los testigos y el notario, teniendo a la vista el sobre y la escritura original, el notario, en presencia de los testigos e interesados concurrentes extraerá el pliego contenido en la cubierta y lo leerá de viva voz; terminada la lectura lo firmará con los testigos en todas las hojas. De lo ocurrido se sentará un acta con mención de los presentes y la trascripción del texto íntegro del testamento.

El testamento abierto y publicado, se protocoliza con lo actuado por el notario. El registro del testamento se hace sobre la escritura que contiene la apertura y publicación y no sobre la escritura que inicialmente se autorizó en vida del testador para protocolizar el testamento cerrado.

116. Competencia territorial y presupuestos de validez

El artículo 131 de la Constitución Política determina que corresponde al gobierno nacional la creación, supresión y fusión de los círculos de notariado y registro y la determinación del número de notarios y oficinas de registro. La norma que crea un círculo registral determina el territorio de su competencia. El artículo 3º del decreto-ley 1250 de 1970 prevé que el registro de documentos referentes a inmuebles se verificará en la oficina de ubicación.

Si un acto o contrato afecta varios inmuebles ubicados en diferentes círculos registrales, debe ingresar a las distintas oficinas de registro. Si un documento es ingresado a la oficina equivocada se configura una causal legal que impide el registro y no es viable que se respete la fecha de ingreso ni el número de radicación. En este orden de ideas, es importante tener la certeza de que la oficina a la cual se ingresa un documento sea la competente, pues el error representa pérdida de tiempo, con el riesgo de que una vez se lleve a la oficina correcta el ingreso sea extemporáneo o hubiere ingresado con antelación un documento incompatible o de rango superior.

Presupuestos de validez. El doctor Arturo Valencia Zea[1] enumera como presupuestos de validez de toda inscripción, además del indicado en el apartado anterior, los siguientes:

1. *La presentación de un instrumento público susceptible de inscripción por afectar la situación jurídica de un inmueble.* El instrumento puede provenir de un notario, como sucede con una escritura pública que genera la transferencia o constitución de un derecho real inmobiliario, o el certificado de cancelación de una hipoteca, administración anticrética, etc.; de un juez, como en los oficios que comunican una medida cautelar o las sentencias proferidas en procesos declarativos de pertenencia, aprobación de la partición, o providencias como las aprobatorias de un remate. De funcionarios administrativos, como las resoluciones que titulan un baldío, adjudican una parcela, toman posesión de los bienes y haberes del constructor o comercializador de vivienda, u oficios que comunican la oferta de compra en trámite de negociación voluntaria de inmuebles rurales y urbanos. Por último, el documento puede emanar del arbitramento o la conciliación.

2. *Que la presentación se haga dentro de los noventa días siguientes a su otorgamiento en la oficina competente.* En principio, los documentos sujetos a inscripción pueden presentarse en cualquier tiempo. No sucede lo mismo con la hipoteca y el patrimonio de familia, a los que el artículo 32 del decreto 1250 fijó un término perentorio de noventa (90) días contados a partir de su otorgamiento, so pena de no quedar constituido el derecho real de hipoteca —reduciendo sus efectos a los derechos personales entre acreedor y deudor—, o que el patrimonio no quede constituido como tal, situación que impide gozar de las prerrogativas de inembargabilidad e inhipotecabilidad.

La ley 56 de 1904 estableció el impuesto de anotación y registro. Determinó que los actos sujetos a registro podrían registrarse en cualquier momento, pero si transcurrían más de noventa días desde su perfeccionamiento o ejecutoria, debía pagarse un recargo equivalente al 50% del valor del impuesto. Estas disposiciones fueron modificadas por la ley 223 de 1995, "sobre racionalización tributaria", que en su artículo 231 indicó que cuando en las disposiciones legales vigentes no se señalen términos específicos para el registro, la solicitud de inscripción de los actos o contratos sujetos a registro deberá formularse dentro de los dos meses siguientes si han sido expedidos en el país, o dentro de los tres meses si han sido expedidos en el exterior. La extemporaneidad en el registro causará intereses de mora por mes o fracción.

3. *Que se solicite la inscripción.* Uno de los principios que dominan la actividad registral es el de rogación y consiste en que los asientos en el registro se practican a solicitud de la parte interesada. La actuación es rogada e impide practicar de oficio inscripciones con el simple conocimiento de que en la

[1] Arturo Valencia Zea, *Derecho civil*, t. II, Derechos reales, Bogotá, Edit. Temis, 1980, págs. 583 a 587.

realidad jurídica se ha producido un acto inscribible. La petición registral se entiende con la presentación del documento por el interesado, su mandatario o dependiente, y el pago de los derechos de registro, salvo que se trate de un documento que por la calidad de las partes esté exento, caso en el cual debe alegar y acreditar la razón de la exención. La solicitud de ingreso o recepción supone extender el asiento de presentación o radicación del documento.

4. *Que se indique la procedencia inmediata del derecho que se pretende afectar con la cita del último título antecedente y los datos de registro* (decr. 1250 de 1970, art. 52). La regla es que solo puede disponer de un derecho real el titular registral anterior, ya que el principio del tracto sucesivo enseña que solo quien es titular de un derecho tiene la facultad dispositiva jurídica; pero en nuestro ordenamiento la venta de cosa ajena es válida y título justo, por ello esta institución tiene acceso al registro en la mal llamada falsa tradición o sexta columna. Quien no cite el título antecedente o los datos de registro puede demostrar su existencia con la exhibición del título inscrito, lo cual impediría la inadmisión del documento.

Este presupuesto —por razones obvias— no es de recibo cuando se pretende registrar la resolución que adjudica un baldío o la sentencia declaratoria de pertenencia, ya que tales inscripciones dan lugar a la apertura de un folio de matrícula inmobiliaria cuya primera anotación es la resolución del Incora o la sentencia del juez.

117. Procedimiento registral

El procedimiento registral está constituido por la serie de actividades que son llevadas a cabo desde el momento que una persona solicita la práctica de una inscripción hasta que esta culmina y el documento es debidamente inscrito o se niega la inscripción. En sentido amplio, no solo incluye los pasos que se adelantan internamente para la inscripción, sino también los recursos que pueden intentarse contra la decisión del registrador. Constituye un procedimiento, por estar formado por una sucesión de actos o trámites debidamente regulados por el estatuto de registro.

La doctrina internacional discute la naturaleza del procedimiento registral. La opinión más acertada y aplicable a nuestro sistema es la de considerar que al ser el registro de instrumentos públicos un servicio público, el registrador un funcionario público y sus actos de naturaleza administrativa, el procedimiento de registro es de carácter administrativo especial, excluido del Código Contencioso Administrativo por tener regulación particular en el decreto-ley 1250 de 1970; empero, la codificación contenciosa se aplica para aquellos casos en los cuales el estatuto de registro no tiene norma expresa, verbigracia, notificaciones, revocatoria directa, etc.

Al procedimiento registral antecede una alteración de la realidad jurídica extrarregistral de un inmueble, plasmada en un documento que tiene carácter de público, documento que debe inscribirse, no solo para que sea un fiel reflejo de la situación buscada por los interesados, sino también —lo que es más importante— para que transfiera o constituya un derecho real o dé publicidad a una actuación, y en ambas circunstancias sea oponible a terceros.

A partir del momento en que se solicita la inscripción de un documento, se inicia un procedimiento compuesto por una serie de etapas sucesivas de obligatorio cumplimiento. La omisión de una de ellas coloca en tela de juicio la inscripción y puede acarrear su inexistencia, salvo que se demuestre que el interesado ingresó su documento ciñéndose al conducto regular, pagó los derechos, cumplió con las exigencias legales y procedía el registro en el momento en que fue solicitado. En todo caso, ante la eventualidad del incumplimiento de las etapas del procedimiento de registro, es procedente adelantar el trámite de revocatoria directa.

La facultad de corrección de errores de que está investido el registrador, conforme a los artículos 35, 36 y 82 del decreto 1250 es también una herramienta idónea para sortear cualquier imprecisión u omisión en el proceso consagrado en los artículos 22 y siguientes del estatuto, y que consta de cuatro etapas: a) radicación, b) calificación, c) inscripción y d) constancia de haberse efectuado la inscripción. Una vez agotada la última fase el documento regresa a la sección de radicación para dejar la respectiva constancia en el libro radicador. El término concedido por el artículo 22 para adelantar el proceso de registro es de tres días hábiles, empero, después de más de veinticinco años de vigencia del estatuto, el incremento del tráfico inmobiliario, las reducidas plantas de personal y la escasa tecnificación de los medios impiden su cumplimiento.

118. Radicación. Principios de rogación, prioridad y tracto sucesivo

El término radicación proviene del latín *radicare,* que etimológicamente significa introducir, echar raíces, arraigar. Se presenta cuando se recibe la solicitud de inscripción mediante la petición del interesado al registrador, acompañada del documento y previo pago de los derechos de registro. Esta situación da lugar a la práctica de un asiento de presentación que se anota en el libro diario radicador de documentos.

El artículo 23 preceptúa que "... recibido el título o documento en la oficina de registro, se procederá a su radicación en el libro diario radicador, con indicación de la fecha y hora de recibo, número de orden sucesivo anual, naturaleza del título, fecha, oficina y lugar de origen...", y añade "... a quien lo presente para su registro se le dará constancia escrita de recibo, fecha, hora y número de orden...".

A diferencia de otras legislaciones que regulan en forma expresa quiénes están facultados para solicitar el registro de un documento, el estatuto colombiano guarda silencio. De la lectura del artículo 23 se infiere que la solicitud la puede hacer cualquier persona. Tampoco requiere ninguna solemnidad, como por ejemplo que la petición sea escrita. El principio de rogación mediante el cual se exige que la iniciación del procedimiento registral sea a instancia de parte tiene lugar en esta fase.

La petición de la inscripción, es una declaración de voluntad dirigida al registrador en súplica, de que ejercite sus funciones y practique la inscripción. Su naturaleza es meramente adjetiva (procesal), y su carácter formal: puede hacerse verbalmente, e incluso puede hablarse de una petición tácita, que va implícita en la presentación del título y el pago de los derechos de registro o la demostración de que en razón de las partes contratantes se encuentra exento del pago. Puede ocurrir que al hacerse la presentación, el funcionario de registro observe que el título de manera ostensible no es registrable —por ejemplo, por falta de competencia de la oficina, carácter de documento privado, el título versa sobre bienes muebles, o es un acto de protocolización o se trata de la cesión del crédito hipotecario, etc.—, caso en el que el funcionario debe advertir sobre la improcedencia, pero si el solicitante insiste debe efectuarse la radicación.

Existe un caso en el que la actuación del registrador no es rogada sino oficiosa, y es cuando encontrándose inscrito un embargo debe ser cancelada esta inscripción para facilitar el registro de otro de mayor importancia, por ser improcedente la concurrencia de embargos en una misma matrícula inmobiliaria, excepto en los casos de los embargos decretados por morosidad en el pago del impuesto de renta y complementarios o el embargo especial de naturaleza penal que sí admiten la concurrencia de otro inscrito con antelación.

El título debe presentarse personalmente, salvo cuando se trate de ciertos actos que proceden de autoridades judiciales o administrativas que en razón de provenir de sitio diferente a la sede del círculo registral y por estar exentos del pago, tal como ocurre con algunos embargos, la contribución de valorización, pueden remitirse por correo y serán radicados en hora hábil. Tampoco requiere presentación personal, la solicitud de registro provisional, modalidad consagrada en el artículo 33 del decreto-ley 1250 de 1970, cuya inscripción es de recibo por la sola comunicación telegráfica; a esta se hará referencia al estudiar las clases de asientos.

La radicación como etapa del procedimiento registral tiene importantes efectos jurídicos. En primer lugar, la fecha de inscripción es la fecha en que es radicado el documento, independientemente de que el trámite de las otras fases se prolongue en el tiempo. En segundo lugar, la pretermisión de la radicación, circunstancia comprobable cuando en el libro radicador no se ha hecho la anotación del documento y el usuario no exhibe el comprobante o recibo expedido por la oficina de registro, trae consigo la inexistencia del registro del documento, de tal forma que si este ha sido inscrito por medios fraudulentos o ilegales procede la exclusión de la anotación previo procedimiento.

En tercer lugar, si de manera equivocada, sin que medie una causal legal que impida el registro, el documento que ingresó es inadmitido o rechazado, al interesado le asiste el derecho de ejercer el recurso de reposición o en su defecto ejercer el recurso extraordinario de revocatoria directa para que el documento sea readmitido respetando el número de orden o radicación que inicialmente le fue otorgado.

En cuarto lugar, la radicación está directamente relacionada con el principio de prioridad o rango, que se fundamenta en el axioma *prior tempore, potior iure*, definido por ROCA SASTRE como "... el principio en cuya virtud el acto registral que primeramente ingrese en el registro de la propiedad se antepone con preferencia excluyente o con superioridad de rango a cualquier otro acto registrable que, siéndole incompatible o perjudicial, no hubiese ingresado aún en el registro, aunque fuese de fecha anterior"[2].

Varios ejemplos ilustran la forma como se aplica el principio de prioridad:

a. El deudor ha incumplido varias obligaciones a distintos acreedores que inician proceso ejecutivo en acción personal, y solicitan en diferentes juzgados el embargo de un inmueble de propiedad del deudor. Como la regla general es la improcedencia de la concurrencia de embargos en el registro, el primero inscrito inhibe la inscripción de otros embargos de igual naturaleza.

b. El propietario de una finca vende a dos personas en actos escriturarios distintos. En este evento quien primero registra el documento adquiere el dominio por haberse efectuado la tradición; el segundo, así sea de fecha anterior la escritura, compró cosa ajena y solo podrá obtener su inscripción en la sexta columna como falsa tradición.

c. El deudor garantiza con hipotecas sobre el mismo inmueble el pago de dos obligaciones originadas en sendos contratos de mutuo. En este caso, el acreedor que primero registre la escritura será considerado de primer grado, así el respectivo negocio haya sido perfeccionado con posterioridad. Por tal virtud goza de mayores prerrogativas en la medida que en eventual remate su crédito será cubierto con preferencia (C. C., art. 2499).

El principio de prioridad lo consagra el artículo 27 del estatuto registral al prever que la inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación. De ahí la importancia del asiento de presentación o radicación, que puede significar según el caso la preferencia excluyente o la superioridad de rango. Es excluyente cuando no permite el registro de un acto por ser incompatible con otro que ingresó primero. Hay superioridad de rango cuando la pre-

[2] RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE, *op. cit.*, pág. 666.

ferencia del derecho ingresado en primer término no alcanza a excluir el acto llegado con posterioridad.

El artículo 3º del decreto 2156 de 1970, determinó que la Superintendencia de Notariado y Registro podía establecer prelaciones estrictamente temporales, en la expedición de certificados y en el registro de títulos o documentos, para facilitar programas de vivienda. Esta disposición debe entenderse en el sentido de que la competencia es para ordenar la agilización del trámite, pero no para pretermitir el orden de radicación de documentos que afectan un mismo inmueble, es decir, no es una excepción al principio de prioridad.

Situación diferente se infiere del artículo único del decreto 1329 de 1902 que consagra la figura de la prohibición judicial, la cual se ha entendido como la orden emanada de un juez penal o fiscal al comunicar al registrador que se abstenga de inscribir acto alguno en determinada matrícula inmobiliaria. Esta orden prevalece sobre cualquier documento que se encuentre en trámite y es una excepción al principio de prioridad.

El artículo 34 de la ley 3ª de 1991, hace referencia a la adquisición de inmuebles para programas de la reforma urbana. La precitada disposición establece que una vez otorgada la escritura pública de compraventa de un inmueble, se inscribirá con prelación sobre cualquier otra inscripción solicitada en la oficina de registro, previa cancelación de la oferta de compra. Es una excepción al principio de prioridad, pues permite pretermitir el orden de radicación para registrar la escritura de compraventa.

Otra excepción al principio de prioridad la encontramos en el artículo 35 de la ley 190 de 1995 o estatuto anticorrupción que en los casos de embargo o secuestro preventivos o cuando se ha producido su decomiso, obliga a dar aviso inmediato al funcionario competente, quien inscribirá la medida sin someterla a turno alguno ni al cobro de cualquier derecho, so pena de incurrir en causal de mala conducta.

La prioridad está íntimamente relacionada al principio de tracto sucesivo, que impone como requisito para la inscripción que el transmitente o disponente figure como titular del derecho que pretende enajenar, gravar o limitar. De tal forma que si el acto traslativo está otorgado por persona que no es titular, debe negarse su inscripción. Su finalidad es organizar los asientos de manera que expresen, con toda exactitud, la sucesión ininterrumpida de los derechos que recaen sobre una finca, determinando el enlace del titular de cada uno de ellos con su causante inmediato. En Colombia, por aceptarse la venta de cosa ajena y su registro como falsa tradición, el principio de tracto sucesivo es de recibo con la salvedad de la excepción comentada.

En el caso de venta de cosa ajena conviene recordar lo establecido en los artículos 752 y 1875 del Código Civil. El primero preceptúa: "Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del

mismo tradente sobre la cosa entregada". Más adelante añade, "Pero si el tradente adquiere después el dominio se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición". El segundo enseña: "Vendida y entregada una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición". Estas disposiciones permiten que el tracto interrumpido con la venta de cosa ajena pueda ser recuperado con la adquisición del dominio por quien vendió cosa ajena, en tal eventualidad se entiende que quien compró cosa ajena es dueño desde el momento en que se efectuó la tradición irregular.

El requisito del tracto sucesivo afecta tanto la inscripción de los actos dispositivos que agotan la titularidad inscrita, como la constitución sobre ella de derechos reales limitados, así como la inscripción de medidas cautelares, en las que se debe tener la convicción de que el demandado sea titular del derecho sobre el inmueble que se pretende sacar del comercio o dar publicidad de un pleito pendiente.

119. Calificación. Principio de legalidad

La calificación es el examen que corresponde hacer al funcionario de registro idóneo para tal finalidad, en virtud del cual queda determinado, en cada caso, si el título presentado reúne las condiciones exigidas por las leyes para ser inscrito y surtir todos los efectos o si, por el contrario, faltan en él algunos de los requisitos o elementos precisos para formalizar la inscripción; en este último caso, puede suceder que la falta se corrija y una vez superada reingrese nuevamente y cumpla con todas las etapas del proceso de registro.

La función calificadora actúa para que solo tengan acceso al registro los títulos válidos y perfectos. De no existir esta etapa, se formarían verdaderas cadenas de inscripciones fraudulentas, amparadas por el Estado, y los asientos del registro solo servirían para engañar al público, favorecerían el tráfico ilícito y provocarían un sinfín de litigios.

La calificación es una atribución que tiene el registrador o el funcionario designado, de examinar el documento cuya inscripción o anotación se solicite, para verificar si reúne los presupuestos legales necesarios para poder ingresar al registro.

La calificación está regulada en los artículos 24 y 25 del decreto-ley 1250 de 1970. Una vez radicado, el documento pasa a la sección jurídica para su examen y calificación, de cuyo estudio se concluye si procede o no su registro y los términos en que debe extenderse la anotación respectiva.

La calificación es una actividad jurídica del Estado puesta al servicio de los particulares para revisar y estudiar los instrumentos públicos presentados a registro y determinar si cumplen con las formalidades legales. Superada esta fase, se procede a confrontarlo con la historia jurídica consignada en el folio

real, y si fuere el caso, con los documentos que sirvieron de soporte a las inscripciones anteriores y demás elementos que conforman el archivo.

Esta evaluación sirve para formarse un criterio acerca de la registrabilidad del documento, los actos que son inscribibles, y la especificación jurídica de cada uno de ellos; las columnas afectadas, las personas que intervienen en el acto, elementos que junto con los datos del instrumento que se registra, la cuantía del acto y la fecha de anotación, son transcritos en un formulario diseñado para tal efecto, el cual, una vez diligenciado y firmado por el funcionario calificador, es remitido a la sección de inscripción para continuar con la siguiente etapa del proceso.

Si en el examen y calificación del título, el registrador o el funcionario calificador comprueba que no se dan los presupuestos legales para ordenar el registro, es de recibo su inadmisión, la cual se consigna por escrito indicando las causales, su fundamento legal y el recurso que procede.

La nota de devolución es un acto administrativo y contra él proceden el recurso de reposición y las acciones contencioso-administrativas de nulidad y restablecimiento del derecho. Esto sin perjuicio de que el interesado complete los requisitos omitidos, subsane los errores detectados, aclare las situaciones oscuras mediante otro instrumento público o adicione el que inicialmente ingresó, circunstancias que permitirán reingresar el documento con un nuevo turno de radicación para ser sometido al procedimiento de registro; salvo que demuestre error en el funcionario, evento que le permitirá conservar el turno inicialmente concedido y continuar con el trámite a partir de la calificación.

La función calificadora es esencialmente de carácter administrativo, sin perjuicio de ciertas especiales particularidades que la diferencian de los actos ordinarios de la administración. Conforme a su naturaleza administrativa, ella presenta las características propias de los actos administrativos, además de las notas o particularidades especiales, entre las cuales podemos citar las siguientes: a) obligatoriedad; b) independencia y autonomía; c) es esencialmente jurídica; d) limitación, y e) integridad[3].

A) *Obligatoriedad*

La protección registral se concede a los títulos previa calificación de la legalidad por el registrador, el abogado o funcionario calificador de la división jurídica, quien ejercita una función inexcusable, no puede omitir o suspender la calificación; de esta evaluación concluirá si inscribe el acto, lo inadmite o rechaza (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 24 y 25).

B) *Independencia y autonomía*

Esta característica debe explicarse desde dos puntos de vista. El primero hace referencia a que el registrador no debe estar limitado o presionado por autoridad superior que oriente o impida su facultad de calificación. En efecto, el artículo 27 del decreto 2158 de 1992 determinó que las oficinas de registro son autónomas en el ejercicio de la función registral. El segundo punto de vista se contrae a que la autonomía no puede estar restringida por la calificación realizada anteriormente, respecto de asuntos análogos, por el mismo funcionario o por los que le precedieron en el cargo. Es de común ocurrencia que en las oficinas de registro, so pretexto de inscripciones anteriores equivocadas, se presione al registrador para que proceda en igual forma como sus antecesores.

[3] Edgardo O. Scotti, *Derecho registral inmobiliario. Modalidades y efectos de las observaciones registrales*, Buenos Aires, Edit. Universo, 1980, págs. 43 a 48.

C) *Es esencialmente jurídica*

La calificación como actividad estatal se encuentra inmersa en el derecho, la función calificadora está regida por el principio de legalidad y exige en el registrador no solo conocimientos del estatuto de registro, sino también de toda la normatividad jurídica relacionada con el tema. Es esto quizá lo más importante de esta característica, la inadmisión o rechazo del registro de un acto o contrato debe estar sustentado por una norma legal.

D) *Limitación*

La función calificadora no solo esta limitada por la competencia del registrador en razón de la materia y el territorio, sino también en razón de la amplitud o extensión de esa facultad. En el derecho colombiano infortunadamente no existen normas sustantivas ni reglamentarias que determinen los límites de la función calificadora; el artículo 37 del decreto-ley 1250 de 1970, simplemente prevé que si la inscripción del título no fuere legalmente admisible se devolverá al interesado. Por lo pronto, y para garantizar el derecho de defensa de los interesados en una inscripción, se debe tener en cuenta que cualquier rechazo del registro de un acto o contrato debe estar sustentado. Posteriormente nos referiremos a tan importante tema al estudiar el principio de legalidad.

E) *Integridad*

La calificación de un documento se adelanta con base en lo que resulte de él y de los asientos respectivos al momento del ingreso. Todos los defectos existentes deben ser observados en la calificación, indicándolos de manera precisa para que el interesado, si es procedente, los pueda subsanar. Por otra parte, si el título es complejo o contiene varios actos o contratos que deben ser registrados, se ordenarán las distintas inscripciones en el lugar correspondiente (decr.-ley 1250 de 1970, art. 25).

F) *Principio de legalidad*

El principio orientador de la función calificadora es el principio de legalidad, según el cual solo son inscribibles los títulos que son válidos y que reúnen los requisitos exigidos por las leyes. El examen se cumple con la revisión de

las formas extrínsecas del documento; la capacidad de los otorgantes, desde el punto de vista de la titularidad del derecho que pretenden disponer, confronta la historia jurídica del inmueble para constatar su identidad y la inexistencia de causales legales que impidan su registro.

El principio de legalidad es el conjunto de reglas establecidas por la ley, que señalan los requisitos que deben reunir los documentos que se presentan para su inscripción, y es su objeto que los elementos que se deben calificar revistan las condiciones de validez exigibles, tendientes a que la inscripción brinde las garantías necesarias con arreglo al sistema registral adoptado.

La calificación es el medio para hacer efectivo el principio de legalidad y se concreta al examen de los documentos presentados y al cotejo de la historia jurídica que se encuentra en el folio real y en los antecedentes registrales. El examen de las formas extrínsecas consiste en constatar que se ha cumplido el conjunto de solemnidades o requisitos formales que deben observarse en la formación del documento.

El profesor MIGUEL DANCUR BALDOVINO[4], al referirse al alcance de la función calificadora, llama la atención sobre algunos casos donde el registrador hace una interpretación errónea de la función que le corresponde. Afirma el tratadista que en ocasiones las oficinas de registro asumen funciones que no les corresponden, por ejemplo, convertirse en el control de la actividad notarial, de tal forma que en ocasiones no se efectúa el registro de actos que en el criterio del registrador le están prohibidos al notario. Es importante tener en cuenta que las prohibiciones de inscribir ciertos actos se encuentran consagradas en la ley. Además, las oficinas de registro son órganos administrativos, no son órganos judiciales.

Al entrar a regir la ley 258 de 1996 sobre afectación a vivienda familiar, normativa que se conoce como la ley de la doble firma, el artículo 6º determinó que era obligación de los notarios para el otorgamiento de toda escritura pública de enajenación o constitución de gravamen o de derechos reales sobre un inmueble destinado a vivienda, indagar al vendedor y al comprador si tienen vigente sociedad conyugal, matrimonio o unión marital de hecho. En el caso del vendedor debe declarar bajo la gravedad del juramento, si dicho inmueble está afectado a vivienda familiar, salvo que ambos cónyuges acudan a firmar la escritura. Respecto al comprador, si tiene otro inmueble afectado a vivienda familiar; en el caso de no tener otro inmueble afectado el notario dejará constancia expresa de la constitución de la afectación por ministerio de la ley. Salvo que los cónyuges declaren de común acuerdo que no someten el inmueble al régimen de afectación a vivienda familiar.

El precitado artículo preceptúa que el notario que omita dejar constancia en la respectiva escritura incurrirá en causal de mala conducta; así mismo, los

[4] MIGUEL DANCUR BALDOVINO, *Encuentros de capacitación*, núm. 4. Superintendencia de Notariado y Registro, 1987, págs. 14 a 17.

actos jurídicos que desconozcan la afectación de vivienda familiar están viciados de nulidad absoluta. Revisado todo el texto de la ley 258 de 1996, en ninguno de los artículos consagró como causal que impide el registro la omisión por parte del notario de las obligaciones indicadas. Empero, algunos registradores rechazaron escrituras so pretexto de faltar la constancia relativa a la afectación o no del inmueble. Muy diferente sería el caso, si la ley en forma expresa hubiera determinado que el registrador no inscribiría el acto si no se dejare la constancia respectiva; entonces sería procedente la inadmisión.

120. INSCRIPCIÓN. ASIENTOS QUE SE PRACTICAN

Es la tercera fase del procedimiento de registro. Está consagrada en los artículos 26 y 27 del decreto-ley 1250 de 1970. Una vez efectuada la calificación, el título pasa a la sección de inscripción o mecanografía para su registro, que se hace siguiendo con todo rigor el orden de radicación mediante la transcripción mecanográfica de la información contenida en el formulario de calificación, que a su vez es una síntesis del documento sujeto a registro. Dicha información se inserta en el folio de matrícula inmobiliaria y da lugar a un asiento, anotación o inscripción que de acuerdo con el artículo 27 debe contener: el número que al título le haya correspondido en el orden del diario radicador y la indicación del año con sus dos cifras terminales. Luego se anotará la fecha de inscripción, la naturaleza del título: escritura, sentencia, oficio, resolución, etc., su número distintivo si lo tuviere, su fecha, oficina de origen, y partes interesadas, todo en forma breve y clara, y en caracteres de fácil lectura y perdurables.

En las oficinas que cuentan con la tecnología del folio magnético, el funcionario calificador adelanta personalmente dos de las etapas del proceso de registro: por una parte, examina y califica el título y, por otra parte, lo inscribe en la base de datos, circunstancia que da gran agilidad al procedimiento.

Asientos que se practican. El asiento es la transcripción resumida, manuscrita, mecanográfica o digital que se realiza en el folio de matrícula inmobiliaria de un acto, hecho o circunstancia, para que surta los efectos correspondientes. En el registro colombiano son de recibo los siguientes asientos: a. asiento de radicación o presentación; b. asiento de inscripción; c. asiento de inmatriculación; d. asiento de medida cautelar; e. asiento de nota marginal, y f. el asiento de cancelación.

A) *Asiento de radicación o presentación*

Se practica en el libro diario radicador para hacer constar el ingreso sucesivo e ininterrumpido de los documentos llegados al registro para su inscripción, en el mismo orden en que sean recibidos (decr.-ley 1250 de 1970, art. 4º, num. 3). El objeto de este asiento es hacer constar el momento de ingreso del

título, pues a partir de ese instante se inicia el proceso, además, la fecha de radicación se entiende que es la misma fecha de registro. Por otra parte, para determinar la preferencia entre dos o más inscripciones de igual fecha, relativas a una misma finca, se atenderá a la hora de la presentación en el registro de los títulos respectivos.

B) *Asiento de inscripción*

En sentido amplio, el asiento de inscripción es sinónimo de la toma de razón y comprende cualquier asiento, es decir, los asientos de presentación, la anotación preventiva, las cancelaciones, las notas marginales y las inscripciones propiamente dichas. En sentido estricto, la inscripción es un asiento que se practica en el folio de matrícula inmobiliaria y que tiene por objeto la constitución, transmisión o modificación de un derecho real inmobiliario. Este asiento es un extracto de las menciones más importantes del título inscribible. Un título puede dar lugar a varios asientos o anotaciones cuando su contenido se refiere a dos o más actos sujetos a registro.

La inscripción puede ser definitiva o provisional. La primera permanece vigente hasta tanto las partes o el juez no ordenen su cancelación o ingrese un título que por su naturaleza implique la pérdida del derecho. La segunda opera cuando un notario, un juez o un funcionario administrativo, a petición del interesado, comunica telegráficamente al registrador los datos esenciales del acto para que lo inscriba provisionalmente. Este asiento produce efectos entre las partes y frente a terceros durante un mes, período dentro del cual debe presentarse el título, la copia destinada a la oficina y el pago de derechos, so pena de caducidad (decr.-ley 1250 de 1970, art. 33). La caducidad es un modo de extinción de un asiento registral por el transcurso del tiempo fijado por la ley.

C) *Asiento de inmatriculación*

Este asiento se tratará en detalle en el capítulo dedicado a la matrícula inmobiliaria. Por lo pronto, conviene indicar que es la apertura de un folio de matrícula a un inmueble determinado. Es un asiento de inscripción cuya primera anotación debe ser de dominio.

D) *Asiento de medida cautelar*

Es un asiento transitorio que tiene por objeto advertir de la existencia de un litigio que afecta determinado inmueble, tal es el caso de la inscripción del embargo originado en un proceso de ejecución, la inscripción de la demanda cuando se discute la titularidad del bien, la prohibición judicial de inscribir cualquier acto o la inscripción de la oferta de compra en proceso de adquisición de un inmueble para los fines de la reforma urbana. El artículo 33 del decreto-ley 1250 de 1970 determina que "... para la inscripción de embargos, demandas civiles, decretos de separación de patrimonio, de posesión provisoria, definitiva o efectiva, y, en general, de actos que versen sobre inmuebles determinados, la medida judicial individualizará los bienes y las personas, a modo de facilitar el registro y evitar toda confusión".

E) *Asiento de nota marginal*

Es un asiento accesorio que se practica al margen de otro para hacer constar una situación que facilita el funcionamiento de la oficina de registro o el estudio de la historia jurídica de un bien. Carece de sustantividad propia. A manera de ejemplo, en el asiento de inscripción de medida cautelar cuando se ha cometido un error y se corrige con base en el artículo 35 o mediante actuación administrativa, en la parte inferior del folio de matrícula se asigna un lugar especial para salvar las anotaciones, que serán refrendadas por la firma del registrador. Otra modalidad de nota marginal son los campos asignados para informar de qué matrículas proviene el folio objeto de estudio o cuáles matrículas se abrieron con base en un folio. Otro ejemplo es el relativo a la constancia que se deja en los folios para indicar cuántos y en qué fecha se han expedido certificados de tradición y libertad, etc.

F) *Asiento de cancelación*

Es un asiento que tiene por objeto la extinción de otro. Son sus características las siguientes: a) es un asiento negativo, pues su único fin es la extinción de un asiento anterior; b) es accesorio, ya que su existencia depende de otro asiento, y c) es definitivo, sus efectos se producen de modo absoluto, desde su constatación y para siempre.

Los artículos 39 a 42 del decreto-ley 1250 de 1970 regulan lo relativo a los asientos de cancelación. El artículo 39 define la cancelación de un registro o inscripción como el acto por el cual se deja sin efecto el registro o inscripción. El artículo 40 determina la procedencia de la cancelación de una inscripción cuando al registrador se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido.

El artículo 41 indica cómo se efectúa el asiento: "La cancelación de una inscripción se hará en el folio de matrícula en la columna correspondiente y con referencia al acto, contrato o providencia que la ordena o respalda". Esta disposición fue modificada parcialmente por el artículo 8º del decreto-ley 1711 de 1984; la norma inicialmente establecía que la cancelación también debería llevarse a los respectivos índices y a la copia del título cancelado que reposaba en los archivos de la oficina de registro. El artículo 8º determinó que para facilitar la sistematización de la información se prescindirá de la constancia de cancelación tanto en las copias de los títulos cancelados del archivo de la oficina de registro, como en los índices.

El artículo 42 del decreto-ley 1250 de 1970, prevé que la inscripción que ha sido cancelada carece de fuerza legal, y no recuperará su eficacia sino en virtud de sentencia en firme. El efecto primario de la cancelación es extinguir el asiento afectado por ella; pero, además, se produce otro efecto en aplicación

del principio de legitimación y es la presunción de extinción del derecho a que se refiere el asiento cancelado. Es una presunción *iuris tantum* y admite por ello prueba en contrario[5].

El capítulo V, artículos 39 a 42 del decreto-ley 1250 de 1970, normativa que regula la cancelación del registro, no consagra la institución de la revocatoria directa de una inscripción; solo prevé la cancelación rogada cuando al registrador se "le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o la orden judicial en tal sentido" (art. 40). Pero no debemos olvidar que el acto de registro es un acto administrativo y que una norma posterior como lo es el decreto-ley 1 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, consagró el recurso de revocatoria directa de los actos administrativos cumpliendo con las formas, procedimientos y requisitos establecidos en sus artículos 69 y siguientes.

121. Constancia de inscripción y desanotación del título registrado

Una vez inscrito el acto en el folio de matrícula inmobiliaria, se deja constancia de la inscripción en el título que se devolverá al interesado y en la copia destinada al archivo de la oficina. La constancia incluirá la fecha de inscripción, el número de radicación, la matrícula inmobiliaria y la especificación jurídica (art. 28) y será firmada por el registrador. Luego se procede a elaborar los respectivos índices y se guarda la copia en el archivo. Acto seguido, el título regresa a la sección de radicación para que en la sexta columna del libro diario radicador se tome nota del número de matrícula inmobiliaria y de la fecha en que fue registrado (decr.-ley 1250 de 1970, art. 29).

La Superintendencia de Notariado y Registro ha sostenido que la fecha de registro es la de radicación, es decir, la de ingreso. Por otra parte, la fecha de desanotación se tiene en cuenta para contar los términos dentro de los cuales puede impugnarse el acto de registro, ya que una vez cumplida se entiende surtida la notificación del acto registrado a efectos de oponer los recursos. La Superintendencia determinó que en el caso de devolución o rechazo de un documento sin registrar debía consignarse la fecha en que era retirado por el interesado para garantizar la interposición del recurso de reposición.

[5] Celestino A. Cano Tello, *op. cit.*, págs. 210 a 242.

Capítulo XII

CAUSALES QUE IMPIDEN EL REGISTRO

122. Títulos no inscribibles

Dentro de la amplia gama de posibilidades que dan lugar a que se niegue la inscripción de un título en el registro de la propiedad, existen algunas causales obvias que dan lugar al rechazo *in limine* del documento ingresado para su registro. Entre estas conviene citar las siguientes:

a) Los actos que no hacen referencia o no afectan los derechos reales inmobiliarios salvo que se trate de contratos de mera tenencia consignados en escritura pública o el registro de testamentos.

b) Los actos no contenidos en documento público. Es de su esencia que la oficina responsable de la inscripción, como su nombre lo indica, solo inscriba documentos que tengan el carácter de públicos.

c) La omisión en la citación del número de matrícula inmobiliaria o su citación incorrecta. La llave de acceso al inmueble del que se pretende inscribir un acto es el número de matrícula inmobiliaria, si esta no se identifica es difícil determinarla, pues si bien es cierto que existen elementos auxiliares como son los índices de inmuebles y de propietarios, no menos cierto es que estos se desactualizan con mucha facilidad, a manera de ejemplo, por el cambio de nomenclatura decretado por las oficinas de planeación. Las oficinas sistematizadas tienen una ventaja y es que la actualización de los índices es automática y se efectúa al incluir una anotación en el folio.

d) Si el instrumento no está debidamente firmado o autorizado por el funcionario competente. Es evidente que al registrador compete el estudio del documento desde el punto de vista de las formalidades extrínsecas. Si una escritura no está autorizada por el notario no adquiere la calidad de escritura pública y es inexistente como tal (decr.-ley 960 de 1970, art. 100); si un oficio o sentencia judicial o un acto administrativo no está firmado por el juez, secretario o funcionario administrativo, corre la misma suerte.

e) Si en la sentencia judicial no hay constancia de su ejecutoria. La sentencia mientras no se encuentre ejecutoriada es susceptible de ser modificada cuando se ejercen los recursos que señala la ley. Una vez ejecutoriada, sus mandatos adquieren firmeza y deben ser cumplidos. Una de las consecuencias

de la sentencia en firme es que hace tránsito a cosa juzgada. Si la sentencia sometida a registro no tiene constancia de su ejecutoria, quedan serias dudas de su eficacia.

f) Los actos que pretendan disponer de la posesión material, si con respecto a esta no existen antecedentes registrales. En Colombia la posesión es un hecho, no tiene el carácter de derecho real y el artículo 2º del decreto-ley 1250 determina que los títulos sujetos a registro son los derechos reales que versen sobre inmuebles.

g) La incongruencia manifiesta entre la cabida y linderos del inmueble citados en el título que se pretende inscribir y los consignados en la matrícula inmobiliaria o en los antecedentes que se encuentran en la oficina de registro. Si con respecto a los linderos no se expresa que estos se actualizan o si con relación a la cabida no se acredita con prueba idónea, que la diferencia está acorde con la realidad física, por ejemplo, con el certificado o resolución de la oficina de catastro, institución a la que le corresponde el inventario físico de los inmuebles. Es lógico que al no existir coincidencia sobre este particular se rechace el registro del título por incongruencia en la identificación y determinación del predio; de otra manera se podría estar gestando el apoderamiento de hecho del fundo vecino con la complacencia de la oficina de registro.

h) Los actos de protocolización. Los artículos 56 a 58 del decreto-ley 960 de 1970 prevén que la protocolización consiste en incorporar en el protocolo por medio de escritura pública, las actuaciones, expedientes o documentos que la ley o el juez ordenen insertar en él para su guarda y conservación, o que cualquier persona le presente al notario con los mismos fines. Por la protocolización no adquiere el documento protocolizado mayor fuerza o firmeza de la que originalmente tenga.

Lo expresado explica la importancia de dar estricta aplicación al artículo 58 del estatuto notarial que preceptúa: "Cuando las actuaciones o documentos que deban protocolizarse estén sujetos a registro, esta formalidad se cumplirá previamente a la protocolización".

Con alguna frecuencia el trabajo de partición y la sentencia aprobatoria de la adjudicación de una sucesión erróneamente se protocolizan primero, en tal caso el registro procede sobre las hijuelas y la sentencia aprobatoria será expedida y autenticada por el notario.

i) Los actos de enajenación, gravamen o embargo de inmuebles que tienen el carácter de bienes de uso público. El artículo 63 de la Constitución preceptúa: "Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables".

j) Si el título contentivo del acto sujeto a registro no se encuentra debidamente determinado. En el registro de instrumentos públicos se inscriben, entre otros elementos, los títulos. De acuerdo con los artículos 23 y 99-4 del decreto-ley 960 de 1970, la escritura pública se distingue con el número de orden que le corresponde expresado en letras y cifras numerales. También se anota en ella el municipio, departamento y república, el nombre y apellidos del notario o de quien haga sus veces y el círculo que delimita la función. Si llegase a faltar la fecha y lugar de la autorización, o la denominación legal del notario, la escritura es nula desde el punto de vista formal. Como consecuencia de que la información señalada identifica el título objeto de inscripción, no es viable el registro del acto o contrato en él contenido. Igual situación se presenta con las órdenes judiciales y los actos administrativos.

k) Si en la escritura pública el inmueble no se identifica con sus linderos y ubicación, carece de determinación el bien objeto del negocio jurídico y no es posible constatar si se trata del mismo predio. De ahí la importancia de los artículos 31 y 99-6 del estatuto notarial. El primero señala que los inmuebles objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán con su cédula o registro catastral, si lo tuviere, por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde estén ubicados, y por sus linderos. El segundo prevé la nulidad de la escritura pública desde el punto de vista formal cuando no se haya consignado los datos y circunstancias necesarias para determinar los bienes objeto de las declaraciones. Conviene recordar que el artículo 9º de la ley 222 de 1995 determinó que en el caso de la escisión de sociedades para la modificación del derecho de dominio sobre inmuebles, basta con enumerarlos en la respectiva escritura, indicando el número del folio de matrícula inmobiliaria o el dato de registro. En la legalización masiva de títulos, el artículo 1º del decreto 2157 de 1995 previó que para identificar los inmuebles por sus linderos se podía optar por anexar los planos definitivos.

l) Si en la escritura pública falta la firma de uno de los comparecientes. El consentimiento respecto al negocio jurídico celebrado se materializa con la firma de los otorgantes, y su omisión trae consigo la nulidad formal de la escritura bajo una de las siguientes causales: 1) La falta de comparecencia ante notario de cualquiera de los otorgantes, bien sea directamente o por representante, o 2) Los comparecientes no han prestado aprobación al texto del instrumento extendido.

123. Causales que impiden el registro

El decreto-ley 1250 de 1970, más múltiples disposiciones que se encuentran diseminadas en el ordenamiento jurídico, imponen el deber al registrador de velar por la seguridad del tráfico inmobiliario. El incumplimiento de formalidades externas, la existencia de prohibiciones, la incongruencia entre el aspecto físico (descripción, cabida, linderos) del predio consignado en los archivos de la oficina y el transcrito en el acto que pretende registrarse, configuran causales de devolución.

El doctor MIGUEL DANCUR BALDOVINO, en su libro *El registro de la propiedad inmueble en Colombia*[1], cita las causales de inadmisión que eran aplicables para la fecha de su publicación. Las retomamos y actualizamos, advirtiendo que las citadas son las más frecuentes, y que posiblemente se han olvidado algunas. Lo importante en esta materia es tener en cuenta que la devolución de un documento por parte de una oficina de registro no depende del libre albedrío del funcionario responsable, sino que esta decisión debe estar sustentada en una norma jurídica.

Desde esta perspectiva son causales legales que facultan al registrador para inadmitir o devolver un título, acto o contrato sin la debida inscripción, entre otras, las siguientes:

1. Si el inmueble se encuentra ubicado en circunscripción perteneciente a otra oficina de registro (decr.-ley 1250 de 1970, art. 3º).

De acuerdo con el artículo 3º, "El registro de documentos referentes a inmuebles se verificará en la oficina de su ubicación". La competencia del registrador es territorial y la establece la norma creadora del respectivo círculo. La entrega de un título en la oficina equivocada ocasiona pérdida de tiempo y se puede incurrir en extemporaneidad. Esta situación se presenta en las ciudades que tienen dos o tres oficinas, como ocurre en Bogotá y Medellín. Si el registrador inscribe el documento sin tener competencia territorial para ello, la inscripción es inexistente y debe ser excluida, previo procedimiento administrativo. Concluida la actuación el interesado puede radicar su documento en la oficina competente, que dará iniciación al proceso de registro con una nueva radicación, siempre y cuando la solicitud no sea extemporánea (90 días para el registro de la hipoteca y el patrimonio de familia) y se pague el recargo del impuesto de registro.

2. Si no se acompaña copia especial y auténtica, destinada al archivo de la oficina de registro (art. 18, *ibidem*).

El artículo 18 preceptúa: "De todo título o documento que deba inscribirse en el registro se expedirá por la oficina de origen una copia especial y auténtica con destino a la oficina de registro. En la copia de la escritura podrá prescindirse de la transcripción de los anexos, y la de las providencias judiciales, administrativas o arbitrales, podrá reducirse a la parte resolutiva". Y luego añade "Una vez hecha la inscripción, el registrador reproducirá en la copia destinada a su archivo la nota que haya puesto en el ejemplar del interesado".

Esta causal es explicable en virtud de que uno de los fines perseguidos por el registro es el de servir de medio probatorio. Es frecuente la práctica de inspecciones judiciales y administrativas a los archivos de las oficinas de registro, en especial a las matrículas inmobiliarias y a los documentos que sirven de

[1] MIGUEL DANCUR BALDOVINO, *op. cit.*, págs. 19 a 30.

soporte a las inscripciones. El registrador debe estar en capacidad de acreditar en cualquier momento cuál fue el soporte fáctico de una inscripción y este queda satisfecho con la exhibición de la copia del título y la hoja de calificación; además, puede expedir copia del título a quien le asista interés legítimo.

En caso de pérdida o extravío de una matrícula inmobiliaria, esta se puede reconstruir con base en los documentos que reposan en el archivo. Así mismo, cuando se pierde o destruye una escritura del protocolo del notario, esta puede ser reconstruida con base en la que repose en un archivo oficial (decr.-ley 960 de 1970, art. 105); en la misma forma se procede con respecto a otros docu-mentos originados en autoridades judiciales o administrativas.

La copia que se entrega para el archivo de la oficina de registro debe ser especial y auténtica. Es especial cuando está destinada en forma expresa al archivo de registro y es auténtica cuando la copia del documento está firmada por el funcionario competente investido de fe pública.

3. La hipoteca y el patrimonio de familia cuando la inscripción se solicite después de los noventa (90) días hábiles siguientes a su otorgamiento (art. 32, *ibídem*).

La regla general es que los títulos sujetos a registro pueden inscribirse en cualquier momento; pero el legislador consideró necesario conceder un término perentorio para el registro de la hipoteca y el patrimonio, en la búsqueda de proteger a terceros que confiados en lo reflejado por el registro eventualmente tomen decisiones relativas a negocios jurídicos sobre determinado inmueble.

En la hipoteca se debe distinguir entre el contrato de hipoteca que genera obligaciones entre acreedor y deudor y que se perfecciona por escritura pública, y el derecho real de hipoteca que permite al acreedor hipotecario el gozar de los atributos de persecución y preferencia con respecto al inmueble que ha sido objeto de garantía para asegurar el pago de una obligación principal. El derecho real de hipoteca se constituye al ser inscrito el contrato de hipoteca dentro del término legal. Si la escritura ingresa extemporáneamente no se debe registrar y el acreedor no gozará de una garantía real, pero podrá perseguir los bienes del deudor para satisfacer el crédito, sin que con respecto a un bien determinado pueda alegar preferencia (C. C., arts. 2432 a 2457).

El patrimonio de familia es constituido sobre el dominio pleno de un inmueble y beneficia a toda la familia o a algunos de sus miembros. El patrimonio de familia puede ser voluntario (leyes 70 de 1931 y 495 de 1999) o forzoso (ley 91 de 1936). Si es voluntario el inmueble no es embargable, ni hipotecable, ni gravable con censo, ni puede ser dado en anticresis ni vendido con pacto de retroventa (ley 70 de 1931, arts. 21 y 22). Si su constitución es forzosa solo puede ser embargado o hipotecado por y en favor de la entidad que lo vendió o adjudicó. Los artículos 60 de la ley 9ª de 1989 y 38 de la ley 3ª de 1991, determinaron que en las ventas de vivienda de interés social que hagan

entidades públicas o privadas, los compradores deberán constituir patrimonio de familia no embargable en el acto de compra. El inmueble solo es embargable por entidades que financien la construcción, adquisición, mejora o subdivisión de la vivienda.

El artículo 22 de la ley 546 de 1999 o Ley Marco de Vivienda, permite a los deudores de crédito de vivienda individual constituir patrimonio de familia inembargable por el valor total del respectivo inmueble, siempre y cuando el crédito haya sido otorgado por un valor equivalente como mínimo al cincuenta por ciento del valor del predio. El patrimonio pierde vigencia cuando el saldo de la deuda representa menos del veinte por ciento de dicho valor. El levantamiento del patrimonio requiere la autorización expresa del acreedor hipotecario.

Si el patrimonio de familia ingresa con posterioridad a los 90 días de perfeccionado por escritura pública, no debe registrarse; si por equivocación se inscribe después del término legal no surte efectos de inembargabilidad e inhipotecabilidad, su enajenación no estará condicionada a la cancelación de la constitución del patrimonio, es decir, queda sometido a las normas de derecho común. En tal caso es procedente adelantar actuación administrativa tendiente a ordenar la supresión de la anotación, lo cual requiere autorización escrita del titular del derecho.

4. Cuando en el documento que se pretende inscribir no se indique la procedencia inmediata del dominio o del derecho respectivo mediante la cita del título antecedente (último título registrado) con los datos de su registro (art. 52, *ibidem*).

De acuerdo con el artículo 52 si se omite la información relativa al título antecedente de quien dispone de un derecho real y los datos de su registro, no es procedente la inscripción, salvo que ante el registrador se demuestre la procedencia con la presentación del título antecedente inscrito. Puede suceder que el enajenante pretenda vender derechos y acciones vinculados a un inmueble cuyo causante era el dueño, y en tal caso en el título indicará esta situación; o que vende cosa ajena, pero necesariamente deben citarse los datos de registro.

Esta causal esta relacionada con el principio de tracto sucesivo que enseña que solo quien aparece como titular en el registro puede disponer del derecho. Por otra parte, los datos de registro son fundamentales para que el registrador determine en qué matrícula hará el registro.

El artículo 52 del estatuto de registro tiene en el artículo 32 del decreto 960 de 1970 una norma similar que reza: "... será necesario indicar precisamente el título de adquisición del declarante que dispone del inmueble o que lo grave o afecta, con los datos de su registro. Si el disponente careciere de título inscrito, así lo expresará, indicando la fuente de donde pretende derivar su derecho".

5. Si no se anexa al documento por inscribir, el comprobante de pago de impuesto de registro y la sobretasa de catastro (boleta fiscal) y el comprobante de haberse cancelado el recargo por registro extemporáneo (art. 95, *ibidem* y decr. 448 de 1968, art. 9º).

El artículo 9º del decreto 448 de 1968 preceptúa: "So pena de incurrir en causal de mala conducta, los notarios no autorizarán escrituras ni los registradores las registrarán sin que se compruebe haberse pagado el impuesto a favor de la entidad o entidades respectivas conforme al presente decreto".

El registrador tiene el deber legal de constatar que el interesado en la inscripción de un título pague el impuesto de registro a favor del departamento donde se encuentra ubicado el inmueble o que se le compruebe que en razón de la calidad de las partes contratantes se encuentra exento.

La ley 223 de 1995, modificó el estatuto tributario e hizo especial referencia al impuesto de registro, tributo que antes se conocía con la denominación de impuesto de registro y anotación; en el artículo 231 determinó que compete a las asambleas a iniciativa de los gobernadores fijar las tarifas, que oscilarán entre el 0,5 y el 1% para actos con cuantía y entre dos y cuatro salarios mínimos diarios legales para actos sin cuantía.

Para la liquidación y recaudo del impuesto, la ley prevé que pueden hacerlo las oficinas de registro, las cámaras de comercio, los departamentos por conducto de las entidades competentes o las instituciones financieras. Para tal efecto cada departamento mediante ordenanza determinará quién liquidará y recaudará el impuesto.

El impuesto se causa por los actos sujetos a registro en las oficinas de registro de instrumentos públicos y en las cámaras de comercio. Los intereses de mora se generan cuando el interesado no inscribe dentro de los dos meses siguientes, si el acto se perfeccionó en Colombia, o dentro de los tres meses si el acto se llevó a cabo en el exterior. Como la hipoteca y el patrimonio tienen un término de noventa días para su registro, no les son aplicables los términos de dos y tres meses para el pago de intereses de mora por tener norma expresa que fija el plazo de registro. Por fuera de los noventa días, como estos actos no son inscribibles, no es dable hablar de intereses moratorios.

6. Si el inmueble se encuentra afectado por el gravamen fiscal de valorización (decr. 1604 de 1966, art. 13).

El artículo 13 preceptúa: "Los registradores de instrumentos públicos no podrán registrar escritura pública alguna, ni particiones y adjudicaciones en juicios de sucesión o divisorios, ni diligencias de remates, sobre inmuebles afectados por el gravamen fiscal de valorización a que se refiere el artículo anterior, hasta tanto la entidad pública que distribuyó la contribución le solicite la cancelación del registro de dicho gravamen, por haberse pagado totalmente la contribución, o autorice la inscripción de las escrituras o actos a que se

refiere el presente artículo por estar a paz y salvo el inmueble en cuanto a las cuotas periódicas exigibles.

"En este último caso, se dejará constancia en la respectiva comunicación, y así se asentará en el registro, sobre las cuotas que aún quedan pendientes de pago".

La valorización es una contribución obligatoria impuesta para atender los gastos que demandan obras de interés público que benefician determinados inmuebles. Si han de construirse obras, que aunque convenientes para todos, produzcan como resultado inmediato un beneficio y una valorización para determinadas propiedades, nada más justo que los dueños de aquellos contribuyan en todo o en parte con el costo de tales obras, de otra forma habría un enriquecimiento sin causa.

La valorización tiene una naturaleza jurídica mixta, por una parte, es un gravamen real, de tal forma que el incumplimiento en el pago posibilita la persecución del bien, su remate y satisfacer las obligaciones. Por otra parte, es personal, por cuanto el propietario que directamente se beneficia con la obra, beneficio que le da la posibilidad de enajenar a mejor precio, debe cancelar el valor asignado como contribución.

7. Si existe patrimonio de familia inscrito no debe registrarse embargo, hipoteca, censo, anticresis ni venta con pacto de retroventa. *A contrario sensu*, si lo inscrito es un embargo, una hipoteca, un censo o un contrato de anticresis, no procede el registro de un patrimonio de familia a fin de evitar que quede afectado con tales actos, salvo lo dispuesto en la ley 91 de 1936 (ley 70 de 1931, art. 22; ley 91 de 1936, art. 4º; ley 9ª de 1989, art. 60; ley 3ª de 1991, art. 38; ley 495 de 1999 y ley 546 de 1999, art. 22).

El patrimonio de familia es una limitación del derecho de dominio, mediante la cual se restringe la libre disposición de los inmuebles afectados. Tiene una finalidad social y moral de protección a la familia.

El patrimonio de familia voluntario no tenía aplicación práctica por cuanto el artículo 3º de la ley 70 de 1931 estableció que el valor del inmueble en el momento de la constitución no podía ser superior a diez mil pesos. Esta limitación fue superada por el artículo 1º de la ley 495 de 1999, al ordenar que el patrimonio de familia no puede constituirse sino sobre el dominio pleno de un inmueble que no se posea con otra persona en proindiviso y cuyo valor en el momento de la constitución no sea mayor que el equivalente a doscientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales. Conviene tener presente que el patrimonio de familia voluntario por acto entre vivos no puede hacerse sino mediante autorización judicial.

Cuando se trata del patrimonio de familia obligatorio o forzoso, regulado por la ley 91 de 1936 y el establecido para viviendas de interés social por las leyes 9ª de 1989 y 3ª de 1991, en el acto de adquisición puede constituirse tanto la hipoteca a favor del vendedor o de la entidad que financió la construcción,

adquisición o mejora como el patrimonio de familia. Desde esta perspectiva el acreedor hipotecario puede embargar el bien a pesar de estar constituido el patrimonio y rematarlo si no se cumplen las obligaciones crediticias (ley 91 de 1936, art. 4º ; ley 9ª de 1989, art. 60 y ley 30 de 1991, art. 38).

8. Si el inmueble se encuentra afectado con embargo, no debe registrarse escritura alguna de enajenación o de constitución de hipoteca, a menos que el embargo esté dirigido contra persona distinta del propietario, o el acreedor consienta en el registro o el juez lo autorice (ley 57 de 1887, art. 43 y ley 95 de 1890, art. 42).

El embargo es una medida cautelar que se establece para asegurar la eficacia de la demanda del acreedor contra actos del deudor que al enajenar o gravar sus bienes merme o haga desaparecer el respaldo patrimonial de sus obligaciones. Se materializa mediante la orden del juez en el sentido de sustraer del comercio un bien inmueble para garantizar así el pago de una obligación o prevenir hechos que perjudiquen en un momento determinado a las partes en un proceso. Una vez decretado y perfeccionado un embargo sobre un inmueble con la inscripción del oficio en el folio respectivo, el bien sale del comercio y hay objeto ilícito en su enajenación.

El artículo 1521 del Código Civil determina que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el juez la autorice o el acreedor consienta en ella. Por su parte, el artículo 43 de la ley 57 de 1887 establece que el registrador de instrumentos públicos no registrará escritura alguna de enajenación, ni anotará escritura donde se constituya hipoteca, cuando se encuentra inscrito un embargo en el libro de registro respectivo. El artículo 42 de la ley 95 de 1890 previó que la prohibición de enajenar o de hipotecar el inmueble embargado no se aplicaba cuando la enajenación o el acto de hipotecar fueran hechos por persona distinta de la demandada o ejecutada. Conviene precisar que si la única norma relativa a los efectos de la enajenación de un bien embargado fuera el artículo 1521 del Código Civil, no se tipificaría causal de inadmisión en el registro; la norma que faculta el no registro de la enajenación o hipoteca de un bien embargado es el artículo 43 de la ley 57.

Existen dos casos en los cuales a pesar de estar embargado un bien, el registrador puede inscribir el acto de enajenación o de hipotecar; ellos son:

a) Cuando el acreedor consienta en el registro o el juez lo autorice. En este caso se debe distinguir, pues si es el acreedor que embargó el bien quien consiente, es necesario que el juez que conoce el proceso certifique que no hay pendiente embargo de remanentes, ya que de acuerdo con interpretación de la Superintendencia el concepto de acreedor es colectivo y se aplica a todos aquellos que en ese momento tienen créditos a su favor con relación al deudor. Si el juez certifica la existencia de embargo de remanentes no sería viable el registro de la enajenación o hipoteca. Otra de las situaciones que suelen ocurrir, es que el deudor transfiera a título de dación en pago al acreedor que lo ha

embargado, en este caso también se requiere el certificado de inexistencia de embargo de remanentes.

b) Cuando la persona embargada no es el propietario o titular del derecho que se pretende sacar del comercio. En tal caso el titular inscrito puede enajenar o hipotecar y el acto respectivo es inscribible por cuanto la medida cautelar es ineficaz (ley 95 de 1890, art. 42).

9. Si las medidas dadas al inmueble no están expresadas en el sistema métrico decimal (decr. 1731 de 1967; res. 1126 de 1967, art. 3º del Ministerio de Fomento).

El artículo 1º del decreto 1731 de 1967 reza: "Adóptase como sistema obligatorio de pesas y medidas en el territorio de la república, el sistema métrico decimal, denominado el sistema internacional de unidades". La resolución 1126 de 1967 del Ministerio de Fomento, en su artículo 3º determinó: "Los registradores de instrumentos públicos y privados y los notarios públicos en el territorio nacional no podrán autorizar con sus firmas el registro, otorgamiento, o el reconocimiento de escrituras, contratos y demás documentos que contengan estipulaciones sobre finca raíz, cuyas medidas no estén expresadas en el sistema métrico decimal". La exigencia de utilización del sistema métrico decimal es reiterada por el artículo 31 del decreto-ley 960 de 1970. Este mandato se justifica en la necesidad de unificar las unidades de medida respecto a los inmuebles objeto de negocios jurídicos.

10. No se deberán admitir para registro ventas, gravámenes o cualquier acto de disposición sobre urbanizaciones debidamente constituidas si los lotes objeto de la negociación no se individualizan por su número o nombre, número o nombre de la manzana, nomenclatura si la tienen y linderos, a menos que el acto se refiera a la urbanización en conjunto (decr. 1380 de 1972, art. 8º).

El artículo 8º expresa: "Las ventas, gravámenes y demás actos dispositivos que efectúe el propietario una vez constituida la urbanización, deberán hacer referencia concreta a los lotes y parcelas singularizadas en la escritura de constitución mencionándolos por su número o nombre, manzana o repartición interna, nomenclatura urbana si la tienen y, en todo caso, por los linderos respectivos. Los registradores de instrumentos públicos no podrán registrar instrumento alguno que contravenga lo dispuesto en este artículo, a menos que la operación se refiera a la urbanización como un todo, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior".

Con respecto a esta causal conviene recordar que el decreto 2157 de 1995, dictado para legalización masiva de tierras y que reglamentó parcialmente los decretos 960 y 1250 de 1970, permite que para identificar inmuebles por sus linderos se podrá acudir al plano definitivo expedido por la autoridad catastral. El artículo 6º preceptúa: "Para el cumplimiento de lo establecido en el presente decreto el registrador de instrumentos públicos inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria los datos que permitan identificar el predio, los cuales estarán consignados en el plano catastral que se protocolizará en la escritura pública y en el texto de esta.

"*Parágrafo*. Para el archivo de la oficina de registro de instrumentos públicos correspondiente, se expedirá por el notario copia especial y auténtica de la escritura pública incluido el plano catastral respectivo".

11. No se aceptará el registro de escritura de enajenación o traspaso de la propiedad de un piso o departamento sometido al régimen de copropiedad o propiedad horizontal, si no se inserta copia auténtica del reglamento de copropiedad y de la constancia municipal de su aprobación, salvo que la escritura haya sido otorgada en la notaría donde reposa la escritura de constitución de la copropiedad. En estos casos basta con que se citen las escrituras de constitución y modificación por su número, fecha y notaría para que se consideren insertados tanto el reglamento de copropiedad como la constancia de aprobación municipal (ley 182 de 1948, art. 19).

Conviene llamar la atención que en el nuevo estatuto de la propiedad horizontal que se encuentra próximo a ser aprobado por el Congreso de la República (proyecto de ley núm. 136 de 1999, Senado, 305 de 2000 de la Cámara) esta causal no se encuentra consagrada expresamente como en la ley 182 de 1948. De tal manera que una vez entre a regir dicho estatuto, la causal desaparecerá por cuanto las leyes 182 de 1948, 16 de 1985 y 428 de 1998 son derogadas expresamente.

12. Ningún acto de transferencia, constitución o limitación del dominio de bienes inmuebles deberá ser registrado si en la respectiva escritura no aparece inserto el paz y salvo predial o municipal; tampoco se aceptarán remates judiciales si en ellos no aparece la constancia de haberse presentado ante el juez el aludido comprobante (res. 290 de 1951 del I. G. A. C., art. 79 y decr. 2088 de 1941, arts. 1º y 2º).

El artículo 79 de la resolución 290 de 1951 preceptúa: "Antes de registrar los instrumentos sobre transferencia, constitución o limitación del dominio, los registradores de instrumentos públicos y privados deberán cerciorarse de si los notarios han cumplido en cada caso el requisito de que trata el artículo anterior" (paz y salvo predial o municipal). En el inciso siguiente añade: "Los registradores de instrumentos públicos deberán abstenerse de inscribir en sus libros ningún acto o instrumento sobre constitución, transferencia o limitación del dominio de inmuebles, si en tales instrumentos no aparecieren insertos los comprobantes de paz y salvo a que se refiere el artículo precedente".

Por su parte, los artículos 1º y 2º del decreto 2088 de 1941 preceptúan: "En los departamentos donde esté establecido el impuesto directo sobre la propiedad raíz, los jueces deberán exigir, para la aprobación de los remates, el comprobante de paz y salvo de que trata el artículo 1º de la ley 33 de 1896.

"Antes de inscribir en sus libros actos que graven o cambien la propiedad de bienes raíces, los registradores deben cerciorarse de que ante el respectivo

funcionario se ha presentado el comprobante de paz y salvo, a que se refiere el artículo anterior".

La obligación de pagar los impuestos sobre la propiedad raíz es una especie de carga real. Definida como el gravamen que, con carácter periódico o intermitente, pero en todo caso reiterado, nace de la ley o el contrato y que pesa sobre el que es dueño o poseedor por el hecho de ostentar esa condición sobre una cosa. Las cargas reales se caracterizan por ser obligaciones ambulatorias, pues pesan sobre los propietarios o poseedores por tener esas calidades, de manera que si cambia la calidad cambia el sujeto pasivo de la obligación.

Lo expuesto explica por qué el legislador ha impuesto a notarios y registradores la función de controlar que la persona que enajena un inmueble se encuentre a paz y salvo con el impuesto predial, tributo que a partir de la ley 44 de 1990 tomó el nombre de impuesto predial unificado al fusionarlo con los impuestos de parques y arborización, estratificación socioeconómica y la sobretasa de levantamiento catastral. El impuesto predial es un tributo municipal que grava los bienes inmuebles ubicados dentro del territorio del municipio. La base gravable, o sea, el factor que se tiene en cuenta para su liquidación, es el avalúo catastral del predio.

13. Tratándose de inmuebles ubicados en San Andrés y Providencia, no se deberá registrar acto alguno a favor de personas jurídicas extranjeras o de personas naturales que no sean colombianas por nacimiento, si en el documento no aparece inserta la prueba de que el bien raíz salió del patrimonio nacional antes de la vigencia del decreto 1415 de 1940 (decr. 255 de 1973, art. 2º).

De acuerdo con el artículo 5º del decreto 1415 de 1940: "Los terrenos baldíos ubicados en las costas nacionales y en las regiones limítrofes con las naciones vecinas, ya se trate de los lotes intermedios reservados por el art. 52 del Código Fiscal o de los no reservados, podrán ser adjudicados de conformidad con las disposiciones vigentes sobre la materia, únicamente a colombianos de nacimiento".

Por su parte, el parágrafo estableció: "Los terrenos baldíos adquiridos de conformidad con este artículo no podrán ser traspasados a extranjeros a ningún título".

Esta disposición tiene por objeto evitar que extranjeros adquieran inmuebles en zonas que en razón de su ubicación estratégica sean importantes para conservar la soberanía. De tal forma que a partir de la vigencia del decreto 1415 los baldíos adjudicados y los inmuebles que tenían este carácter pero fueron adjudicados con posterioridad a 1940 no podían adjudicarse o enajenarse a extranjeros.

Los inmuebles ubicados en el archipiélago de San Andrés y Providencia son vitales para Colombia, aún más cuando países como Nicaragua discuten sobre su pertenencia, además, por ser un territorio geográficamente estratégico, todo esto explica por qué el artículo 2º del decreto 255 de 1973 determinó: "El registrador de instrumentos públicos de San Andrés no podrá inscribir en el registro público ningún acto, contrato, providencia judicial, administrativa, o arbitral que implique constitución, declaración, aclaración, adjudicación, modificación, limitación, gravamen, traslación o extinción del dominio o de otro derecho real principal o accesorio sobre bienes raíces ubicados en el archipiélago de San Andrés y Providencia que haya sido otorgado a favor de personas jurídicas extranjeras o de personas naturales que no sean colombianas por nacimiento, cuando dicho inmueble haya salido del patrimonio nacional con posterioridad a la vigencia del decreto 1415 de 1940".

El artículo 18 de la ley 58 de 1988 y 7º del decreto 471 de 1986, reiteran la prohibición anterior al establecer que las escrituras públicas constitutivas de títulos traslaticios de dominio a favor de extranjeros sobre inmuebles ubicados en el archipiélago de San Andrés y Providencia, así como su inscripción, se encuentran afectados de nulidad absoluta.

14. Si quien hipoteca no es propietario, nudo propietario, usufructuario o el fiduciario (C. C., art. 2443).

Esta causal está relacionada con la titularidad que debe ostentar el deudor para poder hipotecar un inmueble con el cual garantiza una obligación. Es un requisito indispensable para la constitución válida de una hipoteca que el constituyente sea propietario, o uno de los titulares del derecho de dominio desmembrado cuando estamos frente al usufructo y la nuda propiedad, o el propietario fiduciario, con las limitaciones que para este último determina el artículo 816 del Código Civil. La hipoteca sobre bien ajeno no está autorizada por la ley; muy diferente es el caso de la venta de cosa ajena que de acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida.

15. No se debe aceptar el registro de demandas que tengan como fundamento un asiento registral anterior a la inscripción de la sentencia declarativa de pertenencia (decr.-ley 1250 de 1970, art. 70).

El artículo 70 del estatuto de registro preceptúa: "Cumplida la inscripción de la sentencia declarativa de pertenencia, en adelante no se admitirá demanda sobre la propiedad o la posesión del inmueble matriculado en las condiciones dichas, por causa anterior a la sentencia". Para que el artículo 70 sea aplicable en el caso de que el demandante hubiere tenido que sumar las posesiones anteriores por acto entre vivos, es necesario que estos sean citados al proceso (decr.-ley 1250 de 1970, art. 80).

Los clásicos expresaban que la prescripción era la matrona del género humano. La usucapión es la prueba máxima de la propiedad. Cuando los títulos en general y los demás modos han fallado, la usucapión se convierte en

la prueba del mejor dominio, porque confiere el derecho de manera incontrovertible. Este modo de adquirir en su plan purificador y regulador de las relaciones jurídicas sanea y estabiliza la propiedad, de tal forma que a partir de la adquisición por prescripción empieza la historia jurídica del bien y queda, por lo tanto, limpio de vicios. Lo expresado explica la razón de ser de esta causal.

16. Cuando la providencia judicial no individualiza el bien o la persona, o no se cita la matrícula inmobiliaria (decr. 1250 de 1970, art. 31).

El artículo 31 preceptúa: "Para la inscripción de autos de embargo, demandas civiles, decretos de separación de patrimonio, de posesión provisoria, definitiva o efectiva, prohibiciones y en general, de actos jurisdiccionales que versen sobre inmuebles determinados, la medida judicial individualizará los bienes y las personas, a modo de facilitar el registro y evitar toda confusión". Esta causal es una consecuencia del principio de especialidad, según el cual, el bien, los titulares y el derecho sujeto a registro deben estar debidamente determinados o individualizados.

17. Si en la matrícula inmobiliaria se encuentra inscrita una prohibición judicial que impide el registro de los actos jurídicos de determinada persona (decr. 1329 de 1902 y C. de P. P., art. 59).

El artículo único del decreto 1329 de 1902 preceptúa: "Los registradores de instrumentos públicos cumplirán las órdenes judiciales o proveídos de los jueces en el ramo criminal, referentes al registro de instrumentos públicos o privados". Por otra parte, el artículo 59 del Código de Procedimiento Penal reza: "*Prohibición de enajenar*. El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente contado a partir de su vinculación jurídica a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios, o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. El funcionario judicial emitirá orden perentoria al funcionario de registro para impedir la negociación".

Por su antigüedad el decreto 1329 de 1902 es poco conocido. De su lectura se infiere que no es en sentido estricto un acto sujeto a registro, sino una orden que un fiscal o un juez penal dirige al registrador para que actúe o se abstenga de actuar en determinado sentido. En la práctica se ordena al registrador que se abstenga de inscribir cualquier acto con respecto a determinado inmueble hasta tanto no se tome una decisión de fondo en el caso investigado. Por tratarse de una orden directa al registrador, una vez recibida y radicada debe cumplirla inmediatamente efectuando la anotación, de tal forma que si en ese momento se encuentra otro documento en trámite o se surte el proceso de registro, debe acatarse la orden y suspender el trámite para inscribir la prohibición. En tal caso se inadmitirá el documento pendiente, con la justificación respectiva, salvo que al recibir la prohibición hubiere culminado el proceso de registro.

En materia penal ha lugar el embargo y secuestro preventivos (C. de P. P., art. 52), providencia que procede si se dicta medida de aseguramiento cuando a juicio del instructor existe un indicio grave. Con la medida cautelar se impide que el procesado transfiera sus bienes y eluda el pago de la indemnización de los daños causados. El artículo 59 prevé que a partir de la vinculación jurídica, es decir, a partir de la indagatoria o de la declaración de persona ausente, puede prohibirse durante un año la enajenación de bienes sujetos a registro, término que el legislador consideró suficiente para proteger los intereses de la parte civil y del ministerio público que están facultados para solicitar el embargo de los bienes. Pero si no solicitan el embargo dentro del año siguiente al decreto de la prohibición, el sindicado no puede quedar indefinidamente en la imposibilidad legal de disponer de sus bienes.

En estos dos tipos de prohibición judicial conviene tener en cuenta que el oficio que la ordena debe contener la información exigida por el artículo 31 del decreto 1250 de 1970, o, por lo menos, los datos que permitan al registrador cumplir con la orden, es decir, el número de matrícula o los datos de registro, la ubicación del inmueble y el nombre del titular.

18. La cesión del crédito hipotecario (decr.-ley 1250 de 1970, art. 2º, num. 1).

La cesión de un crédito es un acto jurídico por el cual un acreedor, que toma el nombre de cedente, transfiere voluntariamente el crédito o derecho personal que tiene contra su deudor a un tercero, que acepta y que toma el nombre del cesionario. La cesión de un crédito no tiene efecto entre el cedente y el cesionario, sino en virtud de la entrega del título, pero solo produce efectos respecto del deudor y contra terceros cuando ha sido notificada por el cesionario al deudor o aceptada por este (C. C., arts. 1959 y 1960).

En este orden de ideas, el cesionario tiene dos medios para que la cesión produzca efectos en cuanto al deudor: a) la notificación que se requiere cuando el deudor no acepta voluntariamente la cesión y es necesaria la intervención de la jurisdicción, b) la aceptación del deudor.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 24 de marzo de 1943 se hizo referencia a la cesión del crédito hipotecario y se indicó que esta puede hacerse por una simple nota privada; la razón de esta doctrina fue sustentada en virtud de no existir norma especial que obligue a hacerla por escritura pública, por lo cual es de aplicación la regla general sobre cesión del artículo 1964 que reza: "La cesión de un crédito comprende sus fianzas, privilegios e hipotecas, pero no traspasa las excepciones personales del cedente".

Dado que la cesión del crédito está debidamente regulada en el Código Civil, artículos 1959 a 1966, y está expresamente excluida su inscripción, en el caso de que esta cesión esté contenida en escritura pública, esta no es registrable de acuerdo con lo establecido en el artículo 2º del decreto-ley 1250 de 1970.

El artículo 82 del decreto 960 de 1970 señala: "La cesión de un crédito constituido por escritura pública se hará mediante nota suscrita por el actual titular puesta al pie de la copia que presta mérito para exigir el cumplimiento y la entrega de la misma al cesionario".

19. No puede inscribirse escritura pública que contenga transferencia del dominio de un inmueble rural que hubiere sido adquirido mediante subsidio directo concedido por el Incora al transferente, dentro de los doce años siguientes a la adquisición, salvo que medie autorización expresa y escrita del Instituto Colombiano de la Reforma Agraria para llevar a cabo la enajenación (ley 160 de 1994, art. 25, parg.).

"*Parágrafo.* Los notarios y registradores de instrumentos públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con la destitución, se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que contengan la transmisión del dominio o la posesión de predios adquiridos con subsidio en las que no se protocolice la autorización expresa y escrita del Incora para llevar a cabo la enajenación, dentro del término previsto en este artículo [doce años siguientes a su otorgamiento].

"Serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención a lo aquí dispuesto".

El subsidio directo permite a una persona que tenga el carácter de beneficiario de la reforma agraria obtener los recursos necesarios para adquirir a título de compraventa un inmueble que cumple con los requisitos para ser considerado como una unidad agrícola familiar. El subsidio es un regalo concedido por el Estado que solo es reembolsable cuando se está incurso en una de las causales de restitución. En la escritura de compraventa es obligatorio pactar la condición resolutoria por una duración de doce años; de tal forma que si quien recibió el subsidio, incumple las obligaciones o incurre en una de las causales de restitución, debe devolverlo reajustado a su valor presente.

De acuerdo con el parágrafo del artículo 25 de la ley 160 de 1994, el registrador no puede inscribir un acto de transferencia, si el inmueble rural objeto de negocio jurídico fue adquirido por el vendedor con la ayuda de subsidio directo, salvo que medie autorización expresa del Incora.

20. Si un inmueble rural ha sido adquirido por una entidad financiera mediante dación en pago o sentencia judicial por la liquidación de créditos hipotecarios, no es registrable el acto de enajenación efectuado por la institución financiera a favor de un tercero si no se acredita que el Incora no hizo uso de la opción preferente de compra en forma expresa o la ocurrencia del silencio administrativo positivo (ley 160 de 1994, art. 32, parg. 1º).

"*Parágrafo 1º.* Las entidades financieras estarán obligadas a dar al Incora la primera opción de compra de los predios rurales que hayan recibido o reciban a título de dación en pago por la liquidación de créditos hipotecarios, o que hubieren adquirido mediante sentencia judicial.

"El Incora dispondrá de dos meses para ejercer el derecho de opción privilegiada de adquirirlos, vencido el cual la entidad financiera quedará en libertad para enajenarlos. Serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren con violación de lo dispuesto en esta norma, y los notarios y registradores de instrumentos públicos no podrán otorgar e inscribir escrituras públicas que contengan la transmisión del dominio a terceros, mientras no se protocolice la autorización expresa y escrita del Incora, en los casos de desistimiento, o la declaración juramentada del representante legal del intermediario financiero de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando hubiere mediado el silencio administrativo positivo".

21. Si dentro de los quince años siguientes a la primera adjudicación de una parcela por el Incora bajo el régimen de unidad agrícola familiar, U. A. F., el propietario pretende venderla sin la autorización expresa del instituto, el registrador no podrá inscribir el acto o contrato (art. 39, incs. 3º y 4º).

La ley hace referencia a las U. A. F. adquiridas con anterioridad a la vigencia de la ley 160 y distingue entre las adquiridas antes de quince años y después de dicho plazo; en ambos casos impone condiciones para su venta: "Hasta cuando se cumpla un plazo de quince (15) años, contados desde la primera adjudicación que se hizo sobre la respectiva parcela, no podrán transferir el derecho de dominio, su posesión o tenencia sino a campesinos de escasos recursos sin tierra, o a minifundistas. En este caso el adjudicatario deberá solicitar autorización expresa al Incora para enajenar, gravar o arrendar la unidad agrícola familiar.

"El instituto dispone de un plazo de tres (3) meses, contados a partir de la recepción de la petición, para expedir la autorización correspondiente, transcurridos los cuales, si no se pronunciare, se entenderá que consiente en la propuesta del adjudicatario. Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad de la adjudicación, serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los notarios y registradores otorgar o inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al Incora, junto con la declaración juramentada del adjudicatario, de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo".

Esta causal tiene por objeto impedir que los inmuebles que ha adquirido el Incora por compraventa, expropiación, cesión, extinción, etc., y que luego adjudica bajo el régimen de U. A. F., terminen en poder de personas que no tienen el carácter de beneficiarios de la reforma agraria. Por ello el adjudicatario debe someter su enajenación a autorización por parte del instituto, que examinará las condiciones del posible comprador y si lo considera como sujeto de la reforma concederá su visto bueno.

22. Si después de quince años de la adquisición de una parcela adjudicada bajo el régimen de unidad agrícola familiar, el propietario vende sin previa-

mente ofrecerla al Incora que tiene opción preferente. El registrador no podrá inscribir la venta si no se anexa o protocoliza constancia expresa del rechazo por parte del Incora al ejercicio del derecho preferente de compra (art. 39, incs. 6º y 7º).

Los numerales 5 y 6 del artículo 39 de la ley 160 de 1994, preceptúan: "Quienes hayan adquirido el dominio sobre una parcela cuya primera adjudicación se hubiere efectuado en un lapso superior a los quince (15) años, deberán informar al instituto respecto de cualquier proyecto de enajenación del inmueble, para que este haga uso de la primera opción de readquirirlo dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de recepción del escrito que contenga el informe respectivo. Si el Incora rechazare expresamente la opción, o guardare silencio dentro del plazo establecido para tomarla, el adjudicatario quedará en libertad para disponer de la parcela.

"Los notarios y registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que traspasen el dominio de unidades agrícolas familiares en favor de terceros, en las que no se acredite haber dado al Incora el derecho de opción, así como la constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito".

Con respecto a esta causal, si el Incora no ejerce el derecho preferente de readquisición y el adjudicatario acredita esta circunstancia por los medios previstos por el legislador, el adjudicatario queda en libertad de venderla, lo cual implica que el adquirente puede ser sujeto de la reforma agraria. El registrador debe constatar que el instituto hubiere expedido la autorización o la certificación respectiva o se acredite la ocurrencia del silencio administrativo.

23. Si se pretende dividir o fraccionar un inmueble rural cuyos lotes resultantes tengan una cabida inferior a la determinada por el Incora como unidad agrícola familiar en el respectivo municipio; salvo que en la escritura pública se deje expresa constancia de que se autorizó la escritura por tratarse de una de las excepciones consagradas en el artículo 45 de la ley 160 de 1994 (art. 44).

"Art. 44. Salvo las excepciones que se señalan en el artículo siguiente, los predios rurales no podrán fraccionarse por debajo de la extensión determinada por el Incora como unidad agrícola familiar para el respectivo municipio o zona.

"En consecuencia, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato, no podrá llevarse a cabo actuación o negocio alguno del cual resulte la división de un inmueble rural cuyas superficies sean inferiores a la señalada como unidad agrícola familiar para el correspondiente municipio por el Incora.

"Art. 45. Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

"a. Las donaciones que el propietario de un predio de mayor extensión haga con destino a habitaciones campesinas y pequeñas explotaciones anexas;

"b. Los actos o contratos por virtud de los cuales se constituyen propiedades de superficie menor a la señalada para un fin principal distinto a la explotación agrícola;

"c. Los que constituyan propiedades que por sus condiciones especiales sea el caso de considerar, a pesar de su reducida extensión, como unidades agrícolas familiares, conforme a la definición contenida en esta ley, y

"d. Las sentencias que declaren la prescripción adquisitiva de dominio por virtud de una posesión iniciada antes del 29 de diciembre de 1961, y las que reconozcan otro derecho igualmente nacido con anterioridad a dicha fecha.

"La existencia de cualquiera de las circunstancias constitutivas de excepción conforme a este artículo no podrá ser impugnada en relación con un contrato si en la respectiva escritura pública se dejó constancias de ellas, siempre que:

"1. En el caso del literal b), se haya dado efectivamente al terreno en cuestión el destino que el contrato señala.

"2. En el caso del literal c), se haya efectuado la aclaración en la escritura respectiva según el proyecto general de fraccionamiento en el cual se hubiere originado".

Uno de los objetivos de la ley de reforma agraria, es prevenir el fraccionamiento antieconómico de los fundos rurales, con lo cual se evita el minifundio como uno de los extremos patológicos de la estructura de la tenencia de la tierra.

En caso de fraccionarse por debajo de esta extensión, hay nulidad absoluta del acto o contrato. La ley establece las excepciones en las cuales se pueden fraccionar predios cuyo resultante sea inferior a la U. A. F.

Para impedir la proliferación de minifundios, la ley 160 de 1994, repite el impedimento de fraccionar predios. Como se recordará las leyes anteriores prohibían el fraccionamiento de predios inferiores a tres hectáreas. La nueva ley no indica una cabida expresa, sino que habla en términos generales de la prohibición de fraccionar los inmuebles rurales por debajo de la extensión equivalente a la unidad agrícola familiar para el respectivo municipio o zona.

La junta directiva del Incora por resolución 45 del 24 de noviembre de 1996, determinó las extensiones mínimas y máximas de la unidad agrícola familiar en todo el territorio nacional; para tal efecto tuvo en cuenta las zonas relativamente homogéneas. Este acto administrativo es aplicable en el fraccionamiento de predios cuya adjudicación fuere anterior a la vigencia de la ley 160 de 1994, porque si es posterior a la ley, el Incora debe autorizar o negar el fraccionamiento. En caso favorable el registrador para inscribir el acto debe comprobar que la autorización fue protocolizada junto al acto de división.

24. No es procedente el registro de actos de fraccionamiento de inmuebles rurales adjudicados como terrenos baldíos con posterioridad a la vigencia de la ley 160 de 1994, si en la escritura respectiva no se protocoliza autorización expresa del Incora (ley 160 de 1994, art. 72, inc. 12).

"Los registradores de instrumentos públicos se abstendrán de registrar actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de

adjudicaciones de baldíos nacionales, en los que no se protocolice la autorización del Incora, cuando con tales actos o contratos se fraccionen dichos inmuebles".

A diferencia de la causal anterior que es aplicable a los inmuebles rurales adquiridos con antelación a la ley 160 de 1994 y que se caracteriza porque el documento que contiene el fraccionamiento inferior a la cabida de la unidad agrícola familiar es registrable con la simple constancia de que el inmueble resultante se encuentra dentro de las excepciones consagradas en el artículo 45 de la ley 160, la causal que se analiza ha lugar con respecto a terrenos baldíos que se adjudiquen con la vigencia de esta.

La superficie adjudicable en materia de terrenos baldíos es el equivalente a una unidad agrícola familiar, concepto que es definido por el artículo 38 de la ley 160 como "La empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio". Si el inmueble adjudicado como baldío después de la ley 160, adjudicación que equivale a una unidad agrícola familiar, se pretende fraccionar, es necesario que el propietario obtenga una autorización del Incora, circunstancia que debe revisar el registrador para proceder a inscribir el acto.

25. Si se encuentra registrada la oferta de compra en proceso de adquisición por negociación voluntaria o expropiación de un inmueble urbano o suburbano destinado a uno de los programas de la reforma urbana, el registrador debe abstenerse de inscribir actos dispositivos de dominio u otro derecho real de acuerdo con el artículo 13, numeral 5 de la ley 9ª de 1989, que dice:

"El oficio que disponga una adquisición será inscrito por la entidad adquirente en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a su notificación. Los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de la inscripción, y mientras subsista ninguna autoridad podrá conceder licencia de construcción de urbanización o permiso de funcionamiento por primera vez para cualquier establecimiento industrial o comercial sobre el inmueble objeto de la oferta de compra. Los que se expidan no obstante esta prohibición serán nulos de pleno derecho".

El oficio que dispone la adquisición del bien debe ser suscrito por el representante legal y tiene el carácter de documento público por ser expedido en ejercicio del cargo. Es un acto preparatorio o de trámite, no pone fin a una actuación administrativa, ni decide directamente el fondo de un asunto; ello explica el por qué no es susceptible de recurso alguno o acción contenciosa administrativa. Además, comunica una decisión que afecta un inmueble, por ello procede su registro conforme al artículo 2º del decreto 1250 de 1970.

La inscripción del oficio contentivo de la oferta de compra tiene dos efectos que se insinúan como excepcionales en el régimen registral: a. Saca el bien del comercio: con ello desvirtúa el concepto de enajenación voluntaria y la convierte en obligatoria puesto que impide cualquier negocio y constriñe al propietario a vender a la entidad estatal que comunicó y registró la oferta. La finalidad publicitaria sería más adecuada, como ocurre en la reforma agraria; b. La inscripción supera la órbita de los derechos reales e invade el de las decisiones administrativas al impedir el otorgamiento de licencias de construcción y urbanización, y el funcionamiento de establecimientos industriales o comerciales.

En virtud de que el bien queda fuera del comercio se prohíbe a los registradores de instrumentos públicos la inscripción de actos dispositivos de dominio o cualquier otro derecho real, tales como enajenación, constitución de derechos reales, segregaciones, englobamientos y constitución de propiedad horizontal (decr. 2400 de 1989, art. 7º).

26. Si está inscrita resolución del banco de tierras o del municipio donde se consagra derecho preferente para la adquisición de un inmueble y en el acto traslativo de dominio a un tercero no se inserta constancia de que el banco de tierras no ejerce su derecho (ley 9ª de 1989, art. 74).

"Art. 73. Establécese a favor de los bancos de tierras el derecho de preferencia en la enajenación de los inmuebles que según el plan de desarrollo aparezcan ubicados en las zonas destinadas por los consejos, el consejo intendencial o las juntas metropolitanas a los fines establecidos en los literales b), d), e), m), n) y o) del artículo 10. En virtud de dicho derecho, los propietarios que tengan la intención de enajenar sus inmuebles deberán, por una sola vez, ofrecerlos en primer lugar a los bancos de tierras.

"Art. 74. Corresponderá a los representantes legales de los bancos de tierras determinar, con el visto bueno de sus juntas directivas, presididas personalmente por el alcalde o el intendente y mediante resolución motivada, los inmuebles precisos respecto de los cuales se ejercerá el derecho de preferencia...". La resolución anterior será inscrita en cada uno de los folios de matrícula inmobiliaria de los inmuebles señalados, y no podrá inscribirse ningún título traslativo de dominio posterior sin la constancia de haber cumplido la obligación prevista en el artículo anterior.

Determinadas en el plan de desarrollo las zonas de interés social, los propietarios interesados en vender, deben, por una sola vez, ofrecerlos en primer lugar al banco de tierras o, en su defecto, al municipio por conducto del alcalde. Seleccionados los inmuebles que serán objeto del derecho de preferencia, la resolución se inscribe en el folio real. A partir de ese momento el registro de título traslativo de dominio requiere de la constancia del banco de tierras, donde se exprese que no hace uso del derecho. Algo similar ocurre con las unidades agrícolas en la reforma agraria. El no cumplimiento de esa exigencia da lugar a la inadmisión del documento que contiene un negocio dispositivo de dominio. A diferencia de otras inscripciones, esta se mantendrá hasta que el

propietario decida vender y ofrezca al banco, ya que goza de esa prerrogativa por una sola vez.

27. Si se encuentra inscrita la resolución que ordena la enajenación forzosa no procede el registro de actos de disposición jurídica por encontrarse el bien fuera del comercio (ley 388 de 1997, art. 55).

Los planes de ordenamiento territorial o los planes parciales pueden establecer que los inmuebles localizados en cierta zona urbana o de expansión urbana deben desarrollarse o construirse prioritariamente. La ley concede de dos a tres años a partir de la declaratoria para urbanizar o construir los inmuebles no desarrollados. El propietario que no cumpla con esa obligación viola el principio de la función social de la propiedad consagrado en el artículo 58 de la Constitución. En tal caso, el alcalde municipal o distrital ordenará adelantar el procedimiento de venta forzada en subasta pública del inmueble respectivo.

La parte pertinente del artículo 55 de la ley 388 de 1997 dice: "Una vez en firme el acto administrativo que ordena la enajenación forzosa, se inscribirá en el folio de matrícula inmobiliaria de los terrenos e inmuebles correspondientes. Los inmuebles así afectados quedarán fuera del comercio a partir de la fecha de la inscripción y mientras subsista ninguna autoridad podrá otorgar licencias urbanísticas". A renglón seguido añade: "La situación de enajenación forzosa se consignará en los certificados de libertad y tradición de los inmuebles objeto de dicho proceso".

28. Si la Dirección Nacional de Estupefacientes ha destinado en forma provisional un inmueble mediante resolución inscrita en el folio respectivo, ese bien sale del comercio (decr. 1272 de 1990, art. 5º y decrs.-leyes 2790 y 99 de 1991, arts. 53 y 55). El decreto 2271 de 1991, artículo 4º, lo convirtió en legislación permanente.

"Art. 53. Los inmuebles, aviones, avionetas, helicópteros, naves, artefactos navales, marítimos y fluviales, automóviles, maquinaria agrícola, semovientes, equipos de comunicaciones y radio, y demás bienes muebles, así como los títulos valores, dineros, divisas, depósitos bancarios, y en general los derechos y beneficios económicos o efectos vinculados a los procesos por los delitos cuyo conocimiento atribuye el artículo 9º del presente decreto a los jueces de orden público, o que provengan de sus ejecución, quedarán fuera del comercio a partir de su aprehensión u ocupación, hasta que resulte ejecutoriada la providencia sobre entrega o adjudicación definitiva...".

El numeral 3 del referido artículo dispone: "... de la aprehensión, incautación u ocupación de los bienes que estuviesen sujetos a registro de cualquier naturaleza, se dará aviso inmediato al funcionario que corresponda por el jefe o superior de la unidad investigativa que la haya efectuado. La inscripción se hará en el acto y no estará sujeta a costo ni turno alguno, so pena de causal de mala conducta. Hecha esta, todo derecho que se radique sobre el bien, será inoponible al Estado...".

"Art. 55 (modificado por el decr.-ley 99 de 1991, art. 1º, inc. 2º). En la resolución de asignación provisional que dicte la dirección se dispondrá que la entidad beneficiaria designe un depositario para cada caso. Este una vez posesionado, tendrá todos los derechos, atribuciones y facultades, y estará sujeto a todas las obligaciones, deberes y responsabilidades, que para los depositarios judiciales o secuestres determinan las leyes, debiendo rendir cuenta mensual de su administración a la Dirección Nacional de Estupefacientes, la cual podrá solicitar su relevo cuando lo estime necesario con base en posibles manejos irregulares o inadecuados. Este organismo comunicará a las autoridades encargadas de llevar el registro de los bienes, su decisión sobre asignación provisional y las que la modifiquen o corroboren.

"Salvo lo previsto por el decreto 2187 de 1990 sobre el decomiso administrativo o la multa contravencional, los bienes serán objeto de decomiso por el juez a favor del Estado y adjudicados definitivamente por la Dirección Nacional de Estupefacientes a alguna de las entidades mencionadas en el primer inciso de este artículo. El decomiso será dispuesto en el momento de dictar sentencia dejando a salvo la afectación de los bienes al pago de perjuicios. De todas formas, su decisión se hará conocer a la oficina de registro que corresponda según la naturaleza del bien".

29. Si se pretende embargar un inmueble afectado a vivienda familiar, salvo que el embargo tenga su origen en una obligación hipotecaria, cuya constitución del respectivo derecho real sea anterior a la afectación o se hubiere constituido para garantizar préstamos para la adquisición, construcción o mejora de la vivienda familiar (ley 258 de 1996, art. 7º).

El artículo 7º preceptúa: "*Inembargabilidad.* Los bienes inmuebles bajo afectación a vivienda familiar son inembargables, salvo en los siguientes casos: 1. Cuando sobre el bien inmueble se hubiere constituido hipoteca con anterioridad al registro de la afectación a vivienda familiar. 2. Cuando la hipoteca se hubiere constituido para garantizar préstamos para la construcción o mejora de la vivienda familiar".

Mediante la institución de la afectación a vivienda familiar se pretende proteger al cónyuge o al compañero permanente que convive por más de dos años con la persona que ha adquirido un inmueble en su totalidad y lo ha destinado a la habitación de la familia. La protección consiste en que una vez afectado el inmueble el cónyuge o compañero permanente que figura como titular del derecho debe obtener la autorización del otro para poder enajenar o gravar el bien; además, el bien es inembargable, salvo las excepciones legales.

30. Si una vez afectado un inmueble a vivienda familiar, la persona que figura como propietaria enajena o grava el bien sin la autorización del otro cónyuge o compañero permanente (ley 258 de 1996, art. 3º).

El artículo 3º preceptúa: "*Doble firma.* Los inmuebles afectados a vivienda familiar, solo podrán enajenarse, o constituirse gravamen u otro derecho

real sobre ellos con el consentimiento libre de ambos cónyuges, el cual se entenderá expresado con su firma".

La ley 258 de 1996 modifica el artículo 1º de la ley 28 de 1932 que establecía que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre disposición de los bienes que le pertenezcan al momento de contraer matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera. Además, hace extensivo los beneficios consagrados a los compañeros permanentes cuya unión haya perdurado por lo menos dos años.

Una de las finalidades perseguidas por la ley 258 es la de proteger al cónyuge o compañero permanente que se encuentra en desventaja económica, protección que se logra exigiendo en el caso de enajenación su consentimiento. Es una limitación a la facultad de disposición jurídica del bien que cumple los requisitos para ser considerado como afectado a vivienda familiar, materializada en la exigencia de su autorización, la cual se entiende concedida con la firma de la escritura respectiva.

Si el inmueble afectado a vivienda familiar es enajenado por el propietario, sin contar con la autorización del otro cónyuge o compañero permanente, el registrador debe inadmitir su registro. Conviene tener en cuenta que la afectación opera por ministerio de la ley cuando se cumplen los requisitos; y dicha afectación solo es oponible a terceros a partir de su inscripción.

31. No se admite el registro de un embargo si en el folio de matrícula se encuentra inscrito otro (C. de P. C., arts. 558 y 691 y C. de Co., art. 1946).

Desde el punto de vista registral, salvo contadas excepciones, no procede la concurrencia de embargos solo la prevalencia. Ello significa que con respecto a un mismo bien y titular no pueden coexistir dos o más embargos inscritos en el folio de matrícula inmobiliaria. De tal forma que registrado un embargo si llega con posterioridad otro, el registrador debe analizar si la acción procesal que dio origen a la medida cautelar es de menor, igual o mayor importancia. Si es de igual o menor trascendencia rechazará la medida que entró en segundo lugar. Si, por el contrario, es de mayor importancia debe cancelar el que se encuentra vigente e inscribir el otro, informando de la cancelación al juez del conocimiento.

Los únicos embargos que pueden coexistir con otros que ya se encuentran inscritos son los decretados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, para el cobro coactivo del impuesto de renta y complementarios (decr. 2503 de 1987, art. 117); y el embargo especial del Código de Procedimiento Penal cuando se investiga la falsedad de los títulos de un inmueble. Esta causal será ampliada en el numeral siguiente.

32. Si un inmueble es afectado en un proceso de extinción de dominio por haber sido adquirido en forma ilícita, no podrá transferirse ni constituirse ningún derecho (ley 333 de 1996, art. 24).

La ley de extinción de dominio sobre los bienes adquiridos en forma ilícita se orienta a la pérdida de este derecho en favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su titular. De acuerdo con el artículo 2º de la ley 333 de 1996, la extinción por sentencia judicial se aplica cuando ha ocurrido una de las siguientes causales:

a) Enriquecimiento ilícito de servidores públicos o de particulares.

b) Actividades que se desarrollen en perjuicio del tesoro público, tales como peculado, interés ilícito en la celebración de contratos, emisión ilegal de moneda, hurto sobre efectos y enseres destinados a la seguridad o defensa nacionales, delitos contra el patrimonio que recaigan sobre bienes del Estado, etc.

c) Grave deterioro de la moral social, entendiéndose como tal la comisión de delitos contemplados en el Estatuto Nacional de Estupefacientes, el testaferrato, lavado de activos, los delitos contra el orden económico y social, los delitos contra los recursos naturales, la fabricación y el tráfico de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas militares, la concusión, el cohecho, el tráfico de influencias, la rebelión, sedición, asonada o los bienes provenientes del secuestro o la extorsión.

d) En los casos en que se utilice bienes como medio o instrumento de actuaciones delictivas, salvo que sean objeto de decomiso o incautación ordenada dentro del proceso penal correspondiente mediante providencia en firme.

e) Cuando judicialmente se declare la ilicitud del origen de los bienes.

El artículo 24 de la ley 333 preceptúa: "De la suspensión del poder dispositivo. Desde la providencia que ordena el trámite de extinción, no podrá adquirirse ni transferirse el dominio de bienes provenientes de actividades ilícitas, ni constituirse derecho alguno respecto de estos sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe".

33. Si en el folio de matrícula inmobiliaria se encuentra inscrito el acto administrativo de liquidación del efecto plusvalía, no pueden registrarse actos de transferencia sin el certificado de paz y salvo respectivo" (ley 388 de 1997, art. 81-3).

El artículo 82 de la Constitución preceptúa que las entidades públicas participarán en la plusvalía que genere su actuación urbanística. De acuerdo con los artículos 73 y siguientes de la Ley de Desarrollo Territorial, son hechos que generan este impuesto las decisiones de la administración que producen un incremento en el valor de los inmuebles, tales como: a) La incorporación del suelo rural al suelo de expansión urbana o el considerar una parte del suelo rural como urbano; b) El establecimiento o modificación del régimen de usos del suelo; c) La autorización de un mayor aprovechamiento del suelo en edificación, bien sea elevando el índice de ocupación o el de construcción, o ambos a la vez, y d) La ejecución de obras públicas previstas en el plan de ordenamiento que no utilicen la contribución por valorización.

El artículo 81-3 de la ley 388 de 1997 hace referencia al registro en los siguientes términos: "Para los fines de publicidad a terceros, una vez en firme el acto administrativo de liquidación del efecto plusvalía, se ordenará su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de cada uno de los inmuebles. Para que puedan registrarse actos de transferencia del dominio sobre los mismos, será requisito esencial el certificado de la administración en el cual se haga constar que se ha pagado la participación en la plusvalía correspondiente".

34. Cuando efectuada una venta parcial o una segregación no se consigna en los linderos de la parte restante (decr. 2157 de 1997, art. 8º). El artículo 16 del decreto 2148 de 1983 fue sustituido por el artículo 8º del decreto 2157 de 1997, que establece: "Cuando en una escritura se segreguen una o más porciones de un inmueble, se identificarán y alinderarán los predios segregados y el de la parte restante. Si se expresa la cabida se indicará la de cada unidad por el sistema métrico decimal".

Cuando el propietario de un inmueble efectúa varias ventas parciales, estas deben ingresarse al registro en el mismo orden en que fueron autorizadas las escrituras, so pena de configurar una causal de devolución al no coincidir los linderos o la cabida del lote restante con los del inscrito en el registro. Por otra parte, la Superintendencia de Notariado y Registro mediante instrucción administrativa 8 de mayo 31 de 2000 recordó que no es necesario abrir matrícula a la parte restante so pretexto que se expresen los linderos cuando se efectúa una venta parcial. En tal caso, la anotación se inscribirá en el folio de mayor extensión, que continuará respaldando al predio del vendedor, y se abrirá matrícula solo a la porción vendida. Esta instrucción tiene por objeto coadyuvar en el programa de modernización de la interrelación registro-catastro y evitar perjuicios a los derechos de terceros.

35. No procede el registro de los actos o negocios jurídicos que por su naturaleza tienen cuantía —por ejemplo los de transferencia del dominio—, si además del precio fijado en el acto no se cita el valor del avalúo catastral. Del cotejo de estas dos cifras se obtiene el valor que se utiliza como base para liquidar los derechos de registro, entre las que se escogerá la mayor (decr. 1428 de 2000).

El artículo 1º del decreto 1428 de 2000, luego de distinguir entre los actos que por su naturaleza carecen de cuantía y los que la tienen, y señalar para los primeros una tarifa de ocho mil pesos y para los segundos unos derechos equivalentes al cinco por mil del valor del acto, en cuyo caso el valor mínimo a recaudar no puede ser inferior al fijado para los actos sin cuantía, establece en el inciso 4º: "Cuando la cuantía del acto consignada en el documento a registrarse fuere inferior al avalúo catastral o al autoavalúo, los derechos registrales se liquidarán con base en estos últimos, según el caso".

36. No procede el registro de una escritura aclaratoria si en ella se pretende cambiar el inmueble objeto del negocio jurídico determinado en el instrumento que se pretende aclarar (decr. 2148 de 1983, art. 48, modificado por el art. 3º del decr. 231 de 1985).

El precitado artículo establece: "Cuando se pretenda cambiar el inmueble objeto del negocio jurídico no podrá autorizarse escritura de corrección o aclaratoria. En este caso los otorgantes deberán cancelar o dejar sin efecto la anterior, por medio de una nueva de la cual se tomará la correspondiente nota de referencia. Esta escritura de cancelación se tendrá como un acto sin cuantía".

Respecto a la última parte del artículo citado conviene tener presente que el parágrafo del artículo 8º del decreto 1428 de 2000 determinó que la base de la liquidación de los derechos registrales para la inscripción de instrumentos públicos relacionados con la resolución, resciliación o resciliación contractual, será la que se consignó en el documento que contiene el negocio jurídico que se deja sin efecto. Es recomendable unificar en el futuro los criterios que se tienen para la liquidación de las tarifas en materia notarial y registral, por cuanto no existe razón que sustente su diferenciación.

37. No se inscribirá la escritura pública de constitución de una hipoteca abierta sin límite de cuantía, si el notario no deja constancia en el instrumento y protocoliza la carta o el documento que presenta el acreedor donde fija el monto o cupo del crédito aprobado (decr. 1428 de 2000, art. 6º).

El decreto que fija las tarifas por concepto de registro, establece en el artículo 6º: "Cuando se trate de constitución o ampliación de hipotecas abiertas sin límite de cuantía, los derechos registrales se liquidarán con base en la constancia, documento o carta que para tal efecto deberá presentar la persona o entidad acreedora, y que se protocolizará con la escritura que contenga el acto, en el cual se fijará de manera clara y explícita el cupo o monto del crédito aprobado que garantiza la respectiva hipoteca". La resolución que fija las tarifas notariales tiene una norma similar.

38. No procede el registro del embargo sobre un bien o derecho que la ley ha declarado inembargable (C. C., art. 1675 y C. de P. C., art. 684).

De acuerdo con las normas citadas son bienes inembargables entre otros los siguientes: los de uso público, los destinados a un servicio público —embargables hasta la tercera parte de los ingresos del respectivo servicio—, los lugares y edificaciones destinados a cementerios o enterramientos, los bienes dedicados al culto religioso, los objetos que se posean fiduciariamente y los derechos de uso y habitación.

39. No procede el registro de la hipoteca si los intereses pactados en el contrato de mutuo son superiores a los autorizados por la autoridad monetaria. La ley 510 de 1999 en su artículo 111, modificó el artículo 884 del Código de Comercio:

"Artículo 111. El artículo 884 del Código de Comercio quedará así: «Art. 884. Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, este será el bancario corriente;

si las partes no han estipulado el interés moratorio, será el equivalente a una y media veces el bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos, el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la ley 45 de 1990. Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria»".

Ley 45 de 1990. "Art. 72. Sanción por cobro de intereses en exceso. Cuando se cobren intereses que sobrepasen los límites fijados en la ley o por la autoridad monetaria, el acreedor perderá todos los intereses cobrados en exceso, remuneratorios, moratorios o ambos, según se trate, aumentados en un monto igual. En tales casos el deudor podrá solicitar la inmediata devolución de las sumas que haya cancelado por concepto de los respectivos intereses, más una suma igual al exceso, a título de sanción".

Código de Procedimiento Penal. "Art. 235. Modificado por el decreto 141 de 1980, art. 1º. Usura. El que reciba o cobre, directa o indirectamente, de una o varias personas en el término de un (1) año, a cambio de préstamo de dinero o por concepto de venta de bienes o servicios a plazo, utilidad o ventaja que exceda en la mitad el interés que para el periodo correspondiente estén cobrando los bancos por los créditos ordinarios de libre asignación según certificación de la Superintendencia Bancaria, cualquiera sea la forma utilizada para hacer constar la operación, ocultarla o disminuirla, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años y en multa de un mil a cincuenta mil pesos...".

La Superintendencia de Notariado y Registro mediante instrucción administrativa 5 de marzo 3 de 2000, recordó que el pactar intereses superiores a los autorizados, constituye conducta punible; el negocio jurídico tiene objeto y causa ilícitos y genera nulidad absoluta del acto o contrato (C. C., arts. 1502, 1740 y 1741), circunstancias por las cuales los notarios deben negarse a autorizar las escrituras y los registradores a inscribirlas, de acuerdo con el artículo 21 del Estatuto Notarial y el 37 del Estatuto Registral.

Capítulo XIII

FOLIO DE MATRÍCULA INMOBILIARIA

124. Concepto de finca

El artículo 656 del Código Civil trata como términos sinónimos los conceptos de inmuebles, fincas o bienes raíces; más adelante añade que las casas o heredades se llaman predios o fundos. El término finca es acogido por la doctrina internacional como elemento distintivo en el derecho inmobiliario registral, y es la unidad básica del sistema registral colombiano donde el registro se lleva por unidades prediales o fincas. El régimen de la publicidad registral encuentra su punto de partida en la apertura de una matrícula inmobiliaria que corresponde a una unidad predial debidamente determinada por su ubicación, cabida y linderos.

El registro se lleva por el sistema de folio real, correspondiendo a cada finca o predio un folio de matrícula inmobiliaria al que se le asigna un número o complejo numeral de identificación en la medida que se va ordenando su apertura.

La finca es una porción de superficie terrestre delimitada por una línea poligonal cerrada. En los inmuebles, los límites en sentido vertical y horizontal, lejos de constituir siempre un hecho natural son, en el caso del predio o finca, una artificiosa creación del derecho. Los límites de un terreno son mera consecuencia del derecho real de propiedad, sin el cual la superficie terrestre solo estaría interrumpida, pero no delimitada, por los accidentes físicos. La naturaleza no ofrece sino una superficie continua, un trozo de corteza terrestre se convierte en finca en sentido legal solo cuando es objeto de derechos reales[1].

El trozo de la superficie terrestre cerrado por una línea poligonal es elemento de la relación jurídica registral, siempre y cuando sea objeto del derecho de propiedad. De ahí que, por ejemplo, un globo de terreno ubicado en las selvas del Amazonas no tenga el carácter de finca o predio y no acceda al registro, salvo que conforme a las normas del derecho privado tenga un titular del derecho de propiedad.

El concepto de finca es la base de la ordenación del registro de la propiedad, el registro colombiano no es un registro de personas o de titulares, sigue

[1] José Luis Lacruz Berdejo y Francisco de Asís Sancho Rebullida, *op. cit.*, págs. 63 a 65.

el sistema de folio real donde se abre una matrícula a cada finca. La doctrina internacional distingue entre finca material y finca registral. La primera es una porción de superficie o un espacio delimitado que forma una unidad en el tráfico jurídico, el cual no puede ir contra la realidad física ni contra la naturaleza de las cosas. En cambio, la cualidad de finca registral, es todo aquello a lo que se le abre folio en el registro[2].

La finca material y la finca registral pueden coincidir y en tal caso no hay problema. Pero puede ocurrir que una sola finca material esté constituida por varias fincas registrales, porque lo que es en la práctica una unidad económica, en el registro puede corresponder a varios folios. Es el caso de la persona que va comprando predios colindantes y los utiliza como una sola unidad económica, pero no procede mediante escritura pública a efectuar declaración de englobe y si la realiza no la inscribe. Otra posibilidad de no coincidencia se presenta cuando en el registro aparece inscrita una finca, pero en la práctica son varias unidades de explotación. Ello sucede, por ejemplo, cuando el predio es de tres comuneros y en la realidad se dividen el terreno en tres unidades de explotación, pero en el registro aparece un folio cuyo predio es de propiedad de tres personas.

Tampoco coincide la finca material y la registral cuando se constituye el régimen de propiedad horizontal y se inscribe la escritura pública correspondiente, circunstancia que trae consigo la apertura de tantas matrículas como unidades exclusivas, pero en la realidad tan solo existe el terreno y apenas se están construyendo los cimientos del edificio.

125. Determinación y descripción de la finca

Para el conocimiento e identificación de una finca es necesario individualizarla y describirla del modo más perfecto que sea posible. El estatuto de notariado, decreto-ley 960 de 1970, en su artículo 31 preceptúa: "Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán con su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde estén ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal".

El artículo 6º del decreto-ley 1250 de 1970, norma que fue modificada en parte por el artículo 11 del decreto 1711 de 1984, al describir el contenido de la parte estática del folio de matrícula inmobiliaria, hace referencia a la identificación de la finca. Estas normas serán comentadas al estudiar la matrícula. El artículo 31 del estatuto de registro prevé que para el registro de medidas cautelares se deben individualizar los bienes y las personas, de modo que se facilite el registro y evitar toda confusión.

[2] Luis Díez-Picazo, *Fundamento del derecho civil patrimonial*, vol. III, Madrid, Edit. Civitas, 1995, págs. 212 a 215.

La descripción del inmueble en el título inscribible garantiza mediante su identidad con la información que consta en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble de que se trate, que la finca es la misma. Si el título (acto o contrato) que se lleva al registro, relativo a dicha finca, contiene una descripción igual a la de la inscripción precedente, se tiene la certeza de que se trata del mismo inmueble.

Los actos sujetos al registro de la propiedad deben individualizar el bien objeto del negocio jurídico; por ello es necesario expresar entre otras las siguientes circunstancias:

a) Naturaleza de la finca. Si es rural o urbana.

b) Situación de la finca. La situación se establece mediante la mención del lugar o paraje en el que está ubicada. Si la finca es rural, su situación se determina expresando la vereda, corregimiento, inspección de policía, etc., municipio y departamento. Si es urbana, el barrio, nomenclatura, municipio y departamento.

c) Nombre de la finca. Si es inmueble rural se indicará el nombre asignado al predio y si se trata de un inmueble que hace parte de un edificio constituido en propiedad horizontal, se indicará el nombre de este.

d) La medida superficial o cabida. Que debe expresarse en sistema métrico decimal.

e) Los linderos de la finca. Son los confines o líneas de definición de creación convencional que limitan o circunscriben un fundo o finca. En materia de linderos, la regla general es que estos sean descriptivos, sin embargo, existen normas como el decreto 2157 de 1995 que reglamenta parcialmente los decretos-leyes 960, 1250 de 1970 y 1711 de 1984, los cuales prevén otras formas.

El artículo 1º del decreto 2157 de 1995, estableció que para identificar los inmuebles por los linderos, se podrá acudir al plano definitivo expedido por la autoridad catastral correspondiente, resultante de los procesos de formalización, actualización y conservación catastral, el cual se protocoliza con la escritura respectiva. En este evento no es necesario transcribir los linderos literales del inmueble, pero se debe consignar el número del plano, la nomenclatura, el paraje o localidad donde está ubicado, el área del terreno y el número catastral o predial.

De acuerdo con el artículo 7º del decreto 2157 de 1995, el notario enviará a registro copia especial y auténtica de la escritura y el plano y, el registrador inscribirá en el folio los datos que permitan identificar el predio, los cuales están consignados en el plano catastral que se protocoliza con la escritura pública.

La ley 222 de 1995 reformó el Código de Comercio y en sus artículos 3º y siguientes consagró la figura de la escisión, que se presenta cuando una so-

ciedad sin disolverse transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades. También hay escisión cuando la sociedad se disuelve sin liquidarse al dividir su patrimonio en dos o más partes que se transfieren a otras sociedades nuevas o ya existentes.

El artículo 9º de la ley 222 de 1995 prevé que en la escisión, las modificaciones del derecho de dominio que surgen de esta operación basta con enumerar los inmuebles en la respectiva escritura de escisión, indicando el número de folio de matrícula inmobiliaria o el dato que identifique el registro del bien o derecho respectivo.

Comentario especial merece la determinación de los inmuebles en el régimen de propiedad horizontal en virtud del cambio de legislación próxima a producirse. El numeral 5 del decreto 1365 de 1986 previó que para la identificación de la unidad privada podía optarse por el sistema gráfico o descriptivo. El sistema gráfico consiste en hacer referencia al plano que muestra la localización, linderos, nomenclatura y área de cada una de las unidades independientes que son objeto de propiedad exclusiva. El sistema descriptivo consiste en verter las especificaciones del plano indicando los datos de los predios y propietarios colindantes en forma literal.

El nuevo estatuto de la propiedad horizontal (proyecto de ley 136 de 1999 Senado, 305 de 2000 Cámara) en el parágrafo 2º de los artículos 5 y 16 prevé que en los municipios o distritos donde existan planos prediales georreferenciados, adoptados o debidamente aprobados por la autoridad catastral competente, estos tendrán prelación sobre los demás sistemas para la identificación del terreno o terrenos sobre los cuales se levanta el edificio o conjunto y los bienes privados o de dominio particular.

126. Libro de matrícula, folio documental, folio magnético

Actualmente, en las oficinas de registro coexisten tres medios para consignar la historia jurídica de un inmueble. El primero, el libro de matrícula inmobiliaria creado por la ley 40 de 1932, que a pesar de encontrarse expresamente derogada por el decreto-ley 1250 de 1970, ha de ser utilizado como consulta obligada cuando se pretende trasladar la historia consignada en los libros múltiples al folio real o folio de matrícula inmobiliaria.

Se debe dejar expresa constancia de que a la fecha aún existen inmuebles que por no haber sido objeto de negocios jurídicos que afecten derechos reales o por no tener solicitudes de certificados en los últimos veintiséis años, su historia se encuentra en los libros creados por el título 43 del Código Civil, ley 40 de 1932 y otras normas ya derogadas.

El segundo es el folio de matrícula inmobiliaria que utiliza como medio donde se llevan las anotaciones una cartulina cuyo diseño, contenido y medidas son determinados por la Superintendencia de Notariado y Registro. Este folio es utilizado en algunas oficinas de registro, especialmente en las seccionales. Consiste en una cartulina que contiene una información con respecto al predio, información que goza de cierta permanencia en el tiempo, y de una parte donde se consignan en orden cronológico los actos, títulos y documentos sujetos a registro, que a diferencia de la otra parte es variable, porque de cuando en cuando se inscriben actos que afectan el derecho de dominio u otros derechos reales.

El tercero es el folio de matrícula inmobiliaria en medio magnético; contiene la misma información que el anterior, pero su presentación es diferente, por cuanto la información figura en forma de texto, circunstancia que ha confundido en principio a quienes deben interpretar un certificado de tradición y libertad. Su denominación es folio magnético y fue implementado en la oficina de registro de Bogotá, zona norte; en la actualidad cuentan con esta novedosa tecnología las oficinas principales de registro, es decir, las que se encuentran en la capital de la república y en las capitales de departamento y algunas oficinas seccionales seleccionadas con base en el número de matrículas abiertas.

El proyecto folio magnético, en palabras sencillas, consiste en el traslado, digitación y grabación de la información contenida en el folio de matrícula que se encuentra en una cartulina a una base de datos, de tal manera que el medio documental es sustituido por el medio magnético, sin perjuicio de que en uno y otro caso la situación reflejada en el certificado de tradición y libertad expedido por el registrador se exprese en formatos cuyo diseño es diferente; mientras el tradicional es una fotocopia del folio, que tiene una serie de secciones y columnas, el magnético se presenta en forma de texto.

127. Desarrollo jurídico y tecnológico del registro

Desde el momento de la creación de las oficinas de registro en nuestro país hasta nuestros días se identifican tres etapas en el desarrollo jurídico y tecnológico del registro. La primera regulada por las normas de la corona española; la segunda por el título 43 del Código Civil y la tercera por el decreto-ley 1250 de 1970. En la primera etapa el registro se llevaba de manera manual y los amanuenses y escribanos de su puño y letra hacían las inscripciones.

En la segunda etapa, desde el punto de vista técnico, predominó el sistema de trascripción manual y solo avanzado el siglo XX se empezó a utilizar la máquina de escribir para llevar algunos libros y expedir certificados. La determinación de la historia jurídica de un inmueble requería de la consulta de varios libros, situación que todavía no se ha superado completamente porque hay inmuebles que aún se encuentran inscritos en los libros y cuyo traslado al folio de matrícula inmobiliaria solo se lleva a efecto cuando se solicita el re-

gistro de un acto o la expedición de un certificado. De allí que en dichos casos los términos de entrega son mayores.

La tercera etapa se inicia con la expedición del decreto-ley 1250 de 1970. Este decreto obligó a llevar entre otros elementos del archivo los siguientes: la matrícula, los documentos soportes de las inscripciones, los índices de propietarios y de inmuebles. Los dos últimos para facilitar la consulta de las personas que aparecen como titulares y poder determinar —cuando se tiene la ubicación o nomenclatura de un inmueble— quién es el propietario; en ambos casos se incluye como información de la tarjeta índice el número de matrícula que corresponde al titular o al inmueble consultado. Se observa un avance al contar con dos medios mecánicos: la máquina de escribir y la fotocopiadora, que facilitó el trabajo e hizo más ágil el servicio en términos relativos.

Dentro de esta etapa, y en especial a partir de la década de los 80, empiezan los primeros estudios tendientes a sistematizar las oficinas de registro; para ello se expidió el decreto 1711 de 1984. Desde el punto de vista tecnológico se implementa la microfilmación en algunas oficinas y la hoja de ruta electrónica para la radicación de los documentos y el seguimiento de estos en el proceso de registro; finalmente, el folio de matrícula inmobiliaria en medio magnético y el disco óptico.

128. Contenido del folio de matrícula inmobiliaria

Los artículos 4º a 10 del decreto-ley 1250 de 1970 y algunas disposiciones que se encuentran en otros capítulos del estatuto hacen referencia a la matrícula inmobiliaria. La matrícula es un folio destinado a un bien determinado, se distingue con un complejo numeral formado por diez (10) números dígitos, los tres primeros identifican el círculo registral, los restantes son utilizados para asignarlos en orden secuencial a cada uno de los predios que se encuentran localizados en dicho círculo, en la medida que se ordena la apertura de matrículas.

El folio real indica con cifras distintivas la oficina de registro, el departamento, el municipio y la cédula catastral, si el inmueble es urbano o rural, su nombre o nomenclatura, la cabida y demás elementos que lo identifiquen. Los linderos fueron suprimidos por el decreto-ley 1711 de 1984 para facilitar la sistematización futura mediante la implantación del folio magnético, y solo es necesario citar el instrumento público donde están consignados.

La parte variable del folio consta de información relativa a la anotación, el documento que se registra, la clase de registro, el valor del acto, la naturaleza jurídica y las personas que intervienen.

El artículo 7º del decreto 1250 de 1970 hace referencia a las secciones o columnas que tiene el folio e indica su destinación así:

La primera columna para inscribir los títulos que contengan modos de adquisición, en la que se precisa el acto, contrato o providencia.

La segunda columna para inscribir gravámenes: hipotecas, actos de movilización, decretos que conceden el beneficio de separación.

La tercera columna para la anotación de las limitaciones y afectaciones del dominio: usufructo, uso y habitación, servidumbres, condiciones, relaciones de vecindad, condominio, propiedad horizontal, patrimonio de familia inembargable.

La cuarta columna para la anotación de medidas cautelares: embargos, demandas civiles, prohibiciones.

La quinta columna para inscribir títulos de tenencia constituidos por escritura pública o decisión judicial: arrendamientos, comodatos, anticresis, derechos de retención.

La sexta columna para la inscripción de títulos que impliquen la llamada falsa tradición, tales como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derechos incompletos o sin antecedente propio.

Las columnas se complementan con la especificación, donde se coloca el nombre de la operación registrada y la determinación de las personas que intervienen en el acto. El propietario es señalado con una letra equis (X).

Lo expresado es de recibo tanto para el folio documental como para el magnético; ya se indicó oportunamente que la diferencia es de presentación, mas no de contenido.

129. Principio de especialidad

Existe en países cuyo sistema de registro es real. Sus pilares son el predio o la finca, y el folio de matrícula inmobiliaria. A cada unidad predial corresponde un folio único, donde se llevan en orden cronológico todas las anotaciones que reflejan la historia jurídica del bien (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 5º y 27). La especialidad tiene también que ver con la determinación exacta de los derechos reales inscribibles. Según esta acepción, no es posible la inscripción de un derecho real, sino en cuanto afecte un inmueble concreto e individualizado, ni tampoco es posible inscribir derechos reales generales sobre el patrimonio del deudor. Ello no permite, por ejemplo, las hipotecas generales, puesto que el derecho real de hipoteca debe aparecer determinado tanto en su objeto como en el valor del gravamen.

El folio real se destina a los inmuebles por naturaleza, que son el soporte físico y material del registro; las otras clases de inmuebles —por adherencia— y las cosas accesorias, no son objeto de inmatriculación en folio independiente. Teniendo en cuenta la clasificación de los bienes desde el punto de vista de su propiedad, los predios de propiedad particular y los fiscales deben ser inmatricu-

lados, no así los bienes de uso público. Puede ocurrir que una entidad de derecho público adquiera un bien de propiedad particular para convertirlo en bien de uso público, y en este caso el acto de enajenación es registrable y afecta el folio real respectivo, pero, una vez declarado como bien de uso público, pierde importancia para el registro. De la misma manera un bien de uso público que es desafectado y declarado fiscal accede al registro en la medida que posteriormente puede ser sujeto de negocios jurídicos dispositivos.

130. Inmatriculación de fincas

En el sistema alemán se denomina inmatriculación la apertura de un folio real al ser incorporada por primera vez una finca al registro, o al surgir como finca nueva por las modificaciones de otra ya incorporada. El derecho español lo concibe como el ingreso por primera vez de una finca en el registro de la propiedad.

El artículo 81 del decreto-ley 1250 de 1970 prevé que el folio de matrícula puede abrirse a solicitud de parte o de oficio cuando un inmueble no se encuentre matriculado en los siguientes casos: a) cuando ingrese al registro cualquier acto o título constitutivo, traslativo o declarativo de un derecho real; b) cuando se presente para su registro un acto o título que verse sobre gravámenes, limitaciones, medidas cautelares u otro derecho real referente a un inmueble; c) cuando se solicite la expedición de un certificado de tradición y libertad, y d) cuando se trate de posesión inscrita.

131. Modo de efectuar la apertura del folio real

La apertura de un folio de matrícula inmobiliaria debe iniciarse con una primera inscripción que ha de ser de dominio o propiedad. Debe incluir, además, una tradición de veinte años para efectos de la prescripción, salvo que la apertura se deba a la adjudicación de un baldío o a un proceso declarativo de pertenencia donde no se han citado los datos de registro anteriores o la matrícula inmobiliaria. Si en la historia jurídica del inmueble se observan gravámenes, limitaciones del dominio, medidas cautelares vigentes por no estar canceladas en un lapso superior a los veinte años, deben trasladarse al folio real con el título de adquisición de quien limitó, gravó o dio origen a la medida cautelar. No sobra advertir que dichos actos no son cancelables oficiosamente por el registrador, posibilidad que solo compete a los jueces o a las partes. Con frecuencia el titular del dominio actual pretende equivocadamente que el registrador suprima hipotecas y embargos inscritos hace más de veinte años, alegando que han prescrito.

132. Modificación de la finca inmatriculada

Los inmuebles matriculados pueden sufrir modificaciones desde el punto de vista material. Estas modificaciones se clasifican en: a) cualitativas, carac-terizadas porque no afectan la esencia de la finca, y b) cuantitativas, aquellas que la afectan esencialmente.

Entre las primeras pueden citarse las modificaciones que originan la determinación inexacta de las fincas, por ejemplo, el cambio de nomenclatura decretado por la oficina de planeación será actualizado por el actual titular del dominio, mediante declaración contenida en escritura pública en la que se protocolizará el certificado correspondiente. Las modificaciones que ocasionan una descripción inexacta del terreno, aunque los límites sean correctos, por ejemplo, en las construcciones, plantaciones y sementeras levantadas sobre un inmueble que aparece inscrito como un globo de terreno sin hacer mención de las mejoras, si estas fueron levantadas por el dueño del terreno procede el registro de la escritura que contiene las declaraciones. No sucede lo mismo con las mejoras construidas en terreno ajeno, por ser de recibo las normas de la accesión (C. C., arts. 738 y 739) y porque en nuestra legislación no se consagra el derecho de superficie.

En el caso de presentarse modificaciones que afectan la extensión de la finca inscrita, por ejemplo, cuando mediante una mensura técnica se detecta una mayor cabida del predio, las declaraciones elevadas a escritura pública solo son registrables si se protocoliza la resolución de reconocimiento emitida por la oficina de catastro y los planos respectivos. Fundamentalmente debe considerarse que no es de la naturaleza de los inmuebles su acrecimiento, y que este tipo de declaraciones puede vulnerar terrenos colindantes de terceros. Lo expresado sin perjuicio de que la modificación tenga su origen en una sentencia judicial, situación que conforme al artículo 2º del decreto 1250 es registrable. De las modificaciones no esenciales se toma nota en el folio de matrícula del inmueble sin que proceda la apertura de un nuevo folio.

Las modificaciones cuantitativas implican una alteración esencial de las fincas y dan lugar a la apertura de nuevos folios. Las situaciones más comunes son: a) La división de una finca en varias, por ejemplo, la constitución de una urbanización, las parcelaciones o las ventas parciales. b) La agrupación o englobamiento de fincas, como cuando un propietario de un fundo adquiere los predios colindantes y forma con ellos una unidad económica, y c) la constitución de la propiedad horizontal.

En estos casos la escritura contentiva de las declaraciones de reloteo, englobe o constitución de la propiedad dividida determinará por sus linderos los inmuebles resultantes, lo cual dará origen a la apertura de nuevos folios con las notas de referencia en cada uno de ellos (decr. 1250 de 1970, arts. 49 a 51).

En la propiedad horizontal el folio real original o matriz correspondiente al terreno continúa con plena vigencia, porque representará los bienes de uso

determinó que "... el gobierno nacional, por medio de la Superintendencia de Notariado y Registro, proveerá a la paulatina mecanización del registro y al empleo de las técnicas y procedimientos más modernos, para la plena automatización del servicio, la conjunción del registro y el catastro en el catastro físico, económico, fiscal y jurídico, y el envío de los datos necesarios al archivo central o servicio nacional de información". Por su parte, el artículo 54 estableció que los certificados podrían consistir en la trascripción total de los folios de matrícula, o en su reproducción por cualquier sistema que garantice nitidez y durabilidad.

Con base en las normas citadas la Superintendencia contrató con el DANE un estudio en 1971, el cual comprendió el cambio del sistema de registro mediante libros por el del folio de matrícula inmobiliaria. El DANE recomendó el traslado de la historia jurídica en forma gradual, en la medida que se radicaran solicitudes de inscripción y peticiones de expedición de certificados. Bogotá inició el traslado en 1972, Medellín en 1973, y así sucesivamente.

En 1982 la Superintendencia firmó un nuevo convenio con el DANE que contempló el estudio y diseño de tres aplicaciones sistematizadas que fueron implementadas una después de otra, ellas son: a) control de ruta de documentos y certificados; b) grabación y manejo de los índices de inmuebles y propietarios por computador, y c) grabación y manejo del folio real por computador. Revisado el estatuto de registro se concluyó que debía actualizarse para permitir la modernización de las oficinas de registro, por tal motivo se dictó el decreto-ley 1711 de 1984.

Retomando el convenio suscrito entre la Superintendencia y el DANE tendiente a la sistematización gradual de las oficinas de registro, en 1985 se inician las operaciones semiautomatizadas de liquidación de los derechos de registro. En términos sencillos la innovación consiste en que a partir de la presentación de la solicitud de inscripción de un documento o certificado, el funcionario encargado de la caja toma del documento la información básica y el valor del acto; el computador da el número de radicación o turno, expide listados para la búsqueda de folios y elabora el libro diario radicador. Así mismo, en cada etapa del proceso se deja constancia de la relación de documentos o certificados tramitados, de tal forma que al consultar la ruta en el computador se sabe en qué etapa y qué funcionario tiene el documento o la solicitud de certificado. Anteriormente este proceso era manual[3].

136. Factores que incidieron en la modernización del registro

Cuando se trató lo relativo al desarrollo del registro en Colombia se indicó que este ha pasado por tres etapas, en las dos primeras los procesos eran manuales, la tercera incorporó la mecanización y, posteriormente, la automatización o sistematización. Sin embargo, una serie de factores han exigido priorizar la modernización del registro, entre ellos conviene citar:

[3] Carlos Hernán Caicedo Escobar, *Evolución tecnológica del registro inmobiliario*, en documento Oficina de Planeación, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1991.

a. El folio real de cartulina presenta muchos inconvenientes y día a día se vuelve más vulnerable; basta tener en cuenta que con el transcurso del tiempo se deteriora, situación que implica restituirlo con la información pertinente. Además, culposa o dolosamente es fácil extraviarlo, desaparecerlo o cambiarlo por otro que no refleja la real situación jurídica. Cuando se manejan grandes volúmenes —por ejemplo 100.000 cartulinas— una equivocación en el sitio donde debe ser archivado imposibilita su consulta a tiempo. La supresión o inclusión de anotaciones inexistentes es relativamente fácil, y aun el cambio de una cartulina por otra.

b. Los instrumentos o máquinas con las cuales se diligenciaban las matrículas están descontinuadas y no se garantiza su mantenimiento. A manera de ejemplo, las fotocopiadoras que sirven para reproducir los primeros folios —que son de un tamaño desproporcionado—, no tienen garantizado el mantenimiento por su vetustez y antigüedad, otro tanto ocurre con las máquinas de escribir que requieren de una amplitud especial del carro o rodillo especial. A pesar del grado de desarrollo y gama de fotocopiadoras que se ofrecen en el mercado, las que cumplen los requerimientos son muy lentas.

c. El comercio inmobiliario se incrementa día a día sin que sea posible ampliar las plantas de personal por la política de austeridad del gobierno, por ello debe crearse un proceso que con base en una planta de personal rígida garantice el diligenciamiento oportuno de las solicitudes.

d. La utilización de la técnica manual o mecánica trae consigo que para el proceso de registro o la expedición de certificados se requiera de una serie de pasos que a su vez necesitan del factor humano, factor que independientemente de su diligencia o negligencia no garantiza la celeridad de los trámites.

e. La morosidad de algunas oficinas de registro que afortunadamente es excepcional, originada por diversas causas, como falta de personal, vetustez de los equipos, deficiencias administrativas.

137. Folio magnético

Mediante la automatización, las máquinas reemplazan a los hombres y poseen instrumentos que captan la información necesaria para corregir, adaptar y controlar su funcionamiento, utilizando para ello la retroalimentación y la homeóstasis. La primera permite utilizar parte de los productos liberados al entorno como información inicial para el ajuste de las desviaciones con relación a los programas predefinidos. La homeóstasis designa el conjunto de mecanismos que permiten mantener una estabilidad dinámica en condiciones variables.

El proyecto folio magnético pretende sustituir el folio de matrícula real de cartulina por una base de datos relacional que contiene la información referente a las anotaciones, la complementación, los propietarios, las direcciones, la ubicación, los linderos, la historia jurídica, las matrículas relacionadas, y un archivo de control. El término magnético hace referencia al material y al proceso de fijación de la información en la memoria del computador; aquel está fabricado con una composición química que presenta propiedades magnéticas al ionizarse, de forma que cuando se graban los datos el comportamiento del material oscila entre ser positivo o negativo[4].

Una base de datos (en la cual reside la información del folio), es un conjunto de ficheros o tablas de datos, que almacenan información agrupada, que puede ser total o parcial; la búsqueda de información involucra varios ficheros que se estructuran de forma simple, teniendo como propiedad especial el riguroso control de acceso.

El folio real puede observarse desde dos puntos de vista: uno conceptual y otro material. Desde la primera perspectiva se concibe el folio como una unidad de información que contiene los diversos aspectos y categorías de los datos relativos a los inmuebles. En el folio existe una información permanente (círculo registral, ubicación, cabida, linderos, nomenclatura y, en general, el encabezamiento) y otra información de carácter dinámico donde se anotan los diferentes actos que se van registrando. Desde la segunda perspectiva, el folio real es un formato no encuadernado y de fácil archivo.

El proyecto folio magnético fusiona o integra diversas actividades que en el sistema manual o mecánico desempeñaban varios funcionarios y que desde el punto de vista locativo requería de grandes espacios. El computador y sus dispositivos periféricos —terminales, impresoras, etc.— cumplen básicamente con tres funciones: a) la de una máquina de escribir ágil; b) la de un archivo donde se guarda la historia jurídica de los inmuebles inscritos en una oficina de registro, y c) la de un reproductor de información documental: hojas de calificación, certificados de tradición y libertad. Por otra parte, el abogado calificador lleva a efecto dos etapas del proceso de registro: la calificación y la inscripción, que antes realizaban dos personas, el abogado y la mecanógrafa[5].

138. Ventajas del folio magnético

1. Proporciona mayor grado de seguridad jurídica que el folio de cartulina, el cual es fácilmente destruible, vulnerable, adulterable y perdible. Además, de toda la información almacenada en la base de datos, se tiene una cinta de seguridad que se archiva bajo la responsabilidad de una compañía especializada.

2. Reduce los procesos operativos y garantiza mayor celeridad. Para inscribir un documento en el sistema manual se requiere: a) radicación; b) búsqueda del folio de cartulina en el archivo; c) relacionar el folio; d) confrontación; e) reparto; f) recepción abogado; g) estudio y calificación; h) elaboración del formulario de calificación; i) remisión a la secretaría para inscribir la anotación en el folio real, y j) firma del registrador.

En el computarizado: a) radicación; b) reparto abogado; c) recepción abogado, estudio, calificación; d) impresión y revisión del formulario de calificación, y e) firma del registrador. La reducción del trámite se traduce en mayor celeridad; se calcula en tres días, siempre y cuando se tengan los abogados calificadores necesarios de acuerdo con el volumen de documentos tramitados.

3. Un certificado de tradición y libertad se puede diligenciar y entregar en diez minutos, mientras en las oficinas no sistematizadas entre tres y cinco días. En el sistema manual se surten las siguientes etapas: a) solicitud; b) relación de matrículas; c) búsqueda de folios; d) remisión a fotocopiado; e) fotocopia, y f) firma. En el sistema computarizado: a) solicitud; b) orden de impresión, y c) firma.

4. Actualización automática de los índices de inmuebles y de propietarios y consulta inmediata por medio de terminales. En cambio, en el sistema manual una vez culminado el proceso de registro se remiten los folios a una secretaria que procede a elaborar las tarjetas; con frecuencia estas se encuentran desactualizadas.

5. La información almacenada en la base de datos puede ser suministrada y consultada rápidamente, facilitando las actividades de planificación y la toma de decisiones de otras entidades estatales, por ejemplo, oficinas de planeación, impuestos, etc.

6. Interconexión de la base de datos con otras oficinas de registro, y con otras dependencias oficiales y privadas (notarías, catastro, planeación, abogados, inmobiliarios, etc.)[6].

7. Facilita la instalación y consulta de un sistema nacional de registro inmobiliario que permite la interconexión y comunicación entre las diferentes oficinas de registro.

[4] Carlos Hernán Caicedo Escobar, *Estudio de factibilidad proyecto Folio Magnético*, en documento Oficina de Planeación, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1992.

[5] Carlos Hernán y Eduardo Caicedo Escobar, *Tecnología y juridicidad del proyecto Folio Magnético*, en documento técnico, Superintendencia de Notariado y Registro, Bogotá, 1992.

[6] Eduardo Caicedo Escobar, *Derecho y tecnología en el proyecto Folio Magnético*. En Memorias de IX Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral, Cartagena de Indias, 1994.

139. ADOPCIÓN DEL SISTEMA DE IMAGEN

En la década de los ochenta se inició el proceso de microfilmación de los documentos soporte de las inscripciones en algunas oficinas de registro principales, para hacer funcional el manejo de los archivos documentales y reducir las áreas destinadas a este objeto. Conviene precisar que de todo instrumento objeto de registro debe guardarse una copia especial y auténtica para efectos probatorios, situación que convierte a las oficinas en centros de archivo cuya documentación por su volumen se vuelve inmanejable y requiere de grandes espacios.

La técnica de microfilmación se ha revaluado por exigir un número considerable de mano de obra; operarios para cámaras fotográficas, laboratorista, insertadores, clasificadores, etc., el mantenimiento de equipos y su obsolescencia, circunstancias que han impedido mantener actualizados los archivos.

La Superintendencia de Notariado y Registro instaló en la oficina de registro de Bogotá (zona norte) a principios de 1995 el procesamiento de los documentos soporte por el sistema de imagen, lo cual imprime mayor seguridad y garantiza la celeridad y actualización inmediata de los archivos. Este mecanismo permitirá al abogado calificador, a los funcionarios de registro y a los usuarios, en general, la consulta inmediata de los documentos que son o fueron objeto de registro y colocará a Colombia como líder en tecnología de la función registral. Empero, conviene precisar que en virtud de los altos costos de esta tecnología es difícil extenderla a todo el país, incluso a las oficinas de mayor volumen de trabajo.

140. LIBROS Y ELEMENTOS DEL ARCHIVO

El decreto 1250 de 1970 impone el folio real y deroga las disposiciones creadoras del sistema de libros múltiples. Conforme al estatuto vigente, los libros que se llevan en el registro son los siguientes:

A) *Libro diario radicador de documentos*

En él se anotan sucesiva e ininterrumpidamente los documentos llevados para su inscripción, en el orden en que son recibidos, con indicación de la fecha. Es un libro columnario con vigencia anual, foliado y rubricado en su iniciación y cierre por el registrador, tiene seis secciones o columnas destinadas así: la primera, a la hora de recibo del documento; la segunda, al número que le corresponda al documento en el orden del año calendario, en forma continua; la tercera, a la radicación provisional; la cuarta, a expresar la naturaleza del título, con su distintivo y fecha; la quinta, a la mención de la oficina y lugar de origen, y la sexta, para anotar, según el caso, el folio de matrícula en que el título haya sido registrado o la caducidad de la radicación provisional, o la inadmisión de la inscripción, todo con su respectiva fecha.

De este libro podrán formarse varios tomos en cada período, siempre que el volumen de anotación lo haga necesario, caso en el cual los varios tomos se distinguirán con numerales sucesivos y el año a que correspondan (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 4º, 12 y 13). Con la anotación en este libro del documento ingresado se cumple con la primera etapa del proceso de inscripción denominada radicación.

B) *Libro diario radicador de certificados*

En él se anotan sucesiva e ininterrumpidamente las solicitudes de certificados llegadas a la oficina para su diligenciamiento, en el mismo orden en que son recibidas. En la última columna se indica la fecha de expedición del certificado. Las certificaciones se diligencian siguiendo el orden del radicador respectivo y deben someterse a la calificación y examen de carácter jurídico de la respectiva oficina (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 1º y 2º).

C) *Libro de testamentos*

Los testamentos cerrados y abiertos están sujetos a registro, función que cumplen las oficinas de instrumentos públicos, mientras se organiza el registro central de testamentos. La inscripción se lleva a efecto en un libro especial llamado registro de testamentos, establecido por el decreto 2163 de 1970.

D) *Libro de visitas*

La Superintendencia de Notariado y Registro tiene las funciones de dirección y vigilancia de las oficinas de registro. Lo expresado la faculta para practicar por medio de sus funcionarios visitas ordinarias y extraordinarias a las oficinas de registro, de cada visita se levanta un acta que se conserva en el libro destinado para tal efecto.

Además de los libros indicados y del folio de matrícula inmobiliaria, las oficinas de registro cuentan con unos elementos que hacen parte del archivo, de los cuales algunos sustituyeron a los libros creados en el título XLIII del Código Civil y normas posteriores. Otros son nuevos y responden a las nuevas necesidades del registro, ellos son:

E) *Índices de inmuebles y de propietarios*

Estos son llevados por el sistema de tarjetas. El de inmuebles se lleva por separado para cada uno de los municipios que componen el círculo registral, con anotación del número de la ficha o cédula catastral —si es conocida— y el número de matrícula, distinguiendo entre bienes urbanos y rurales; los primeros se llevan en el orden de nomenclatura. Conviene precisar la dificultad que representa mantener actualizado este índice, ya que no es extraño que las oficinas de planeación cambien la nomenclatura, lo cual implica que no responda a la ubicación real.

El índice de titulares de derechos sobre bienes raíces se lleva en conjunto para todo el círculo registral, en estricto orden alfabético, con indicación de los

documentos de identificación, la naturaleza del derecho, el número de matrícula inmobiliaria y las modificaciones que sufran los derechos.

Los índices han empezado a sistematizarse en algunas ciudades, y constituyen un auxiliar importante en la medida que permiten identificar la matrícula inmobiliaria cuando solo es conocida la dirección o ubicación del inmueble o los nombres de los propietarios (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 4º y14 a 16). Las oficinas que cuentan con el folio en medio magnético tienen diseñada una aplicación que permite actualizar en forma automática los índices de inmuebles y de propietarios; en el caso de los titulares del dominio es fundamental conocer el número de cédula de ciudadanía, que es la llave de entrada al sistema.

F) *Carpeta o expediente de antecedentes registrales*

De todo título o documento que deba inscribirse en el registro se expide copia especial y auténtica en papel común destinado al archivo de la oficina. Una vez hecha la inscripción, el registrador reproducirá en esta copia la nota colocada en el ejemplar del interesado. Con los antecedentes de los documentos registrados, las hojas de calificación, la historia de la tradición y los que espontáneamente entreguen los interesados, se forma un expediente para cada inmueble que se identifica con el número de matrícula inmobiliaria. Este expediente sirve de soporte a las inscripciones efectuadas.

G) *El archivador de certificados*

El artículo 4º-6 del decreto-ley 1250 de 1970 determinó que el registrador llevaría un archivador de certificados que tendría doble finalidad: como instrumento probatorio en caso que la información suministrada al solicitante fuera adulterada y para facilitar la expedición de certificados posteriores, que eran trascritos mecanográficamente. Al implementarse el uso generalizado de fotocopiadoras en las oficinas de registro, los certificados de tradición y libertad se convirtieron en simples fotocopias de los folios de matrícula, rubricadas con la firma del registrador o del funcionario designado. Archivar una copia de cada certificado no solo carece de utilidad sino que incrementa desmesuradamente los volúmenes de papel almacenado. Por ello, en lugar de mantener un archivador para el control interno, en el folio se deja constancia de la fecha de expedición del certificado y del número de anotaciones consignadas al momento de ser fotocopiado. En las oficinas sistematizadas el computador registra la secuencia de los certificados expedidos con su fecha y número de inscripciones.

141. El catastro y su interrelación con el registro

A) *Concepto*

Varias definiciones citadas por el tratadista Cabanellas sirven para tener un concepto del catastro como un censo descriptivo de las fincas rústicas y urbanas. Según Roque García es el registro público que contiene la cantidad y el valor de los bienes inmuebles y los nombres de los propietarios, información utilizada para determinar la contribución imponible en proporción a sus productos o rentas.

Escriche define el catastro como el registro público que contiene la cantidad, calidad y estimación de los bienes poseídos por cada vecino, que sirve de base en el reparto de las contribuciones.

Rayo Villanova lo define como la estadística gráfica de la propiedad y de la riqueza inmueble, mediante la cual se obtiene el conocimiento real del territorio de un país para distintos efectos civiles, fiscales, económicos y administrativos.

El decreto 3496 de 1983 reglamentó la ley 14 de 1983. En su artículo 2º se refiere al catastro como "... el inventario o censo, debidamente actualizado y clasificado, de los bienes inmuebles pertenecientes al Estado y a los particulares, con el objeto de lograr su correcta identificación física, jurídica, fiscal y económica".

El aspecto físico consiste en identificar los linderos del terreno y edificaciones del predio sobre documentos gráficos o fotografías aéreas u ortofotografías, y la descripción y clasificación de las edificaciones y del terreno. El aspecto jurídico, en identificar y anotar en los documentos catastrales a los propietarios o poseedores de los inmuebles, su cédula o identificación tributaria y la matrícula inmobiliaria del predio (arts. 3º y 4º, *ibidem*).

El aspecto fiscal comprende la preparación y entrega a los tesoreros municipales y a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, de los listados de los avalúos sobre los cuales ha de aplicarse la tasa correspondiente al impuesto predial y demás gravámenes que tengan como base el avalúo catastral. (art. 5º, *ibidem*).

El aspecto económico consiste en la determinación del avalúo catastral del predio, obtenido por la adición de los avalúos parciales practicados independientemente para los terrenos y las edificaciones en él comprendidos (art. 6º, *ibidem*).

B) *Objetivos*

Los objetivos del catastro fueron consagrados en el decreto especial 1301 de 1940. Persistieron con variaciones en la ley 14 de 1983 y se encuentran en el artículo 7º de la resolución 2555 de 1988, ellos son:

1. La formación, actualización de la formación y conservación del catastro nacional. La formación es el proceso por medio del cual se obtiene la información correspondiente a los predios de una unidad orgánica catastral o de parte de ella, teniendo como base sus aspectos físico, jurídico, fiscal y económico.

La actualización catastral es el conjunto de operaciones destinadas a renovar los datos de la formación, mediante la revisión de los elementos físico

y jurídico del catastro y la eliminación en el elemento económico de las diferencias originadas por los cambios físicos, de uso, productividad, obras públicas o condiciones del mercado inmobiliario. El proceso de actualización termina con la resolución por medio de la cual el jefe de la oficina de catastro ordena la renovación de la inscripción en el catastro de los predios que fueron actualizados.

La conservación catastral tiene, entre otras finalidades, mantener al día los documentos catastrales de acuerdo con los cambios que experimenta la propiedad inmueble, asegurar la debida conexión entre el notariado, el registro y el catastro, establecer la base para la liquidación del impuesto predial y de otros gravámenes y actualizar la carta catastral.

2. La determinación física y jurídica, en forma cada vez más completa, de los límites de la propiedad inmueble en beneficio de los propietarios o poseedores, de la comunidad y del Estado.

3. La elaboración de cartas catastrales y temáticas.

4. El establecimiento de un sistema nacional encargado de prestar los servicios de registro de instrumentos públicos, catastro y liquidación del impuesto predial.

5. La elaboración de las informaciones relativas a la propiedad inmueble, para su utilización en los programas de acción del Estado.

6. La fijación de los avalúos que permitan conocer la riqueza inmueble del país, faciliten el recaudo de los impuestos directos e indirectos de la propiedad raíz y sirvan de base para la transferencia o adquisición de la misma por parte del Estado y de los particulares.

C) *Interrelación registro, catastro y tesorerías municipales*

En el desarrollo legislativo se observan varias disposiciones orientadas a fortalecerla. En el artículo 2º de la ley 65 de 1939 se autorizó al gobierno nacional para dictar normas que establecieran la debida conexión entre el catastro y el registro. El artículo 2º del decreto 1301 de 1940 la señaló como objetivo del catastro. El artículo 31 de la ley 14 de 1983, revistió al presidente de la república de las facultades ordinarias para "... reorganizar administrativamente las dependencias gubernamentales que sean necesarias para establecer un sistema nacional encargado de prestar los servicios de registro de instrumentos públicos y liquidación del impuesto predial". El decreto 1711 de 1984 es el resultado de las facultades concedidas.

La interrelación registro-catastro y la liquidación del impuesto predial se efectúa mediante el intercambio obligatorio y continuo de información actualizada entre dichos servicios con el objeto de unificar el tratamiento a los inmuebles respecto a los actos y contratos que los afecten, a su identificación real y a la tributación predial.

El decreto 1301 de 1940 determinó que el notario como funcionario que autoriza el instrumento contentivo de contratos de enajenación, constitución y limitación del derecho de dominio, "... deberá exigir a las partes la presentación de un extracto de matrícula de los predios expedido por la oficina de registro correspondiente", mientras que el registrador "... no podrá registrar ningún instrumento referente a inmuebles, cuando no se hayan llenado las formalidades previstas". Luego señala: "El extracto debe transcribirse fielmente con los instrumentos, en lo que concierne a la descripción de los inmuebles". El número predial no era asignado por catastro sino por los tesoreros municipales.

La Superintendencia de Notariado y registro mediante circular número 56 de 1976 ordenó a los notarios, conseguir de los tesoreros municipales la transcripción del número catastral, del avalúo y la nomenclatura o el nombre —cuando el predio es rural— en los certificados de paz y salvo. El artículo 187 del decreto 1301 de 1940, impuso al registrador la obligación de "... dar aviso inmediato a la oficina seccional de catastro de las modificaciones que hayan sobrevenido"

Los decretos-leyes 1250 y 2156 de 1970, establecen entre otros aspectos relativos a la interrelación catastro-registro, que aun se encuentran vigentes, los siguientes: 1) El folio de matrícula inmobiliaria debe citar el número de la cédula catastral que corresponde al predio, con la indicación de urbano o rural según el caso, distinguiéndolo por su número o nombre y describiéndolo por sus linderos, perímetros y cabida (art. 6º); 2) A cada folio de matrícula inmobiliaria le corresponderá una unidad catastral y a ella se referirán las inscripciones (art. 49).

La ley 14 de 1983 y el decreto-ley 1711 de 1984 previeron, hasta el momento sin éxito, la adopción del número único de identificación predial. Por motivos ya comentados al hacer referencia a las novedades del precitado decreto en el capítulo X de esta obra, mientras se adopta las instituciones que gestionan el catastro y el registro deben anotar en las matrículas y fichas el número de la cédula catastral y el de la matrícula.

La ley 14 en su artículo 24 prescribe: "Para protocolizar actos de transferencia, constitución o limitación de dominios de inmuebles, el notario o quien haga sus veces, exigirá e insertará en el instrumento el certificado catastral y el paz y salvo municipal expedidos por la oficina de catastro o el tesorero municipal". Luego precisa: "Cuando se trate de inmuebles procedentes de segregación de uno de mayor extensión, el certificado catastral exigido podrá ser el del inmueble del cual se segrega".

El precitado artículo 24, determina que para todos los efectos fiscales y catastrales, en las escrituras de enajenación total del inmueble que se diligencien indicando valores inferiores a los avalúos catastrales, se tendrá en cuenta el avalúo catastral vigente.

El artículo 28 de la ley 14 de 1983 señala: "Los registradores de instrumentos públicos están obligados a enviar a la oficina de catastro correspondiente, dentro de los diez (10) primeros días de cada mes, la información completa, sobre modificaciones de la propiedad inmueble ocurridas durante el mes anterior", mandato que es repetido por el artículo 2º del decreto 1711 de 1984, que lo hace extensivo a las oficinas de catastro respecto a la información que pueda interesar al registro[7].

Un sistema óptimo de registro depende en buena parte de un catastro técnico y viceversa. La dirección, control y asesoría catastral en todo el territorio nacional están bajo la responsabilidad del Instituto Geográfico Agustín Codazzi. La ejecución del catastro compete a este instituto, salvo en las ciudades de Bogotá, Cali, Medellín y el departamento de Antioquia, que tienen sus propias oficinas de catastro. El instituto es un organismo estatal, descentralizado, adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica y patrimonio autónomos.

D) *Interrelación registro-catastro en congresos internacionales*

En el IV Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en México en diciembre de 1980, se aprobaron las siguientes conclusiones y recomendaciones:

"1. El registro inmobiliario y el catastro tienen funciones o actividades diversas que se diferencian porque el catastro realiza, entre otras, una actividad fundamentalmente técnica de medición de parcelas del mapa nacional y el registro tiene por objeto una actividad jurídica consistente en dar publicidad a los actos relativos al dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, para dar seguridad jurídica al trafico inmobiliario.

Esas diferencias son perceptibles en aquellos países en los cuales ambos organismos han nacido y se han estructurado separadamente. No así en aquellos que desde su origen han evolucionado en forma única y conjunta.

Existe, en todo caso, una actividad catastral y una actividad relacionada con la publicidad de los derechos y sus efectos, directamente vinculada esta última al derecho privado, que delimita las competencias antes señaladas.

2. El principio registral de determinación hace deseable la coordinación entre catastro y registro, de modo que:

[7] En el tema catastral se consultaron las obras:

GONZALO CARDONA ALZATE, GILDARDO ORREGO RESTREPO, *Lo que necesita saber sobre catastro y el impuesto predial unificado*, Medellín, Señal Editora, 1994.

Instituto Geográfico Agustín Codazzi, *El catastro nacional*, Bogotá, 1986.

LUIS ARÉVALO SALAZAR, *Manual de derecho catastral*, Bogotá, Universidad Distrital Francisco José de Caldas, 1989.

— El catastro aporte al registro los datos descriptivos y gráficos de los inmuebles, especialmente medidas lineales, superficiales y linderos, como también los demás datos que los individualicen dentro de los planos generales.

— A su vez, el registro inmobiliario aporte al catastro las modificaciones de las titularidades de dominio de los inmuebles derivados de actos de disposición por voluntad del titular.

3. La coordinación exige que a través de los datos catastrales, no ofrezca dudas al registrador, como responsable del folio registral, la identidad del inmueble a coordinar, para lo cual las respectivas legislaciones deberán regular los procedimientos relativos al tratamiento de los excesos, demasías, faltantes o reducciones de superficie en esos casos.

4. Para promover y mantener esa coordinación se deberá prever que los documentos inscribibles en los registros inmobiliarios sean auténticos y en ellos conste la descripción de los inmuebles conforme al catastro.

5. La carencia de un sistema catastral organizado no puede ni debe ser obstáculo para las inscripciones y anotaciones registrales de naturaleza jurídica.

6. Mientras el catastro no se implante en los respectivos territorios, los documentos jurídicos que acrediten derechos reales sobre inmuebles cumplirán el principio de determinación en cuanto a los mismos, describiéndolos objetivamente por el procedimiento más adecuado que se disponga y según sus antecedentes.

7. El catastro es público y dará información en cuanto a los datos físicos de las parcelas a todos los que lo soliciten, salvo las limitaciones que, en su caso, imponga el interés general.

8. Dado que en gran parte de los países el catastro no abarca la totalidad del territorio, es deseable que el Estado proporcione los medios técnicos y recursos suficientes para su realización.

9. Las bases técnicas del catastro deben ser uniformes en todo el territorio, cualquiera que fuere la organización estatal o institucional de cada país. Su aplicación ha de ser progresiva y no obstaculizar nunca las transacciones inmobiliarias.

10. Las legislaciones regularán los efectos legales de la coordinación en un doble aspecto:

— En cuanto a los datos físicos resultantes de ella y la presunción de exactitud derivada.

— En cuanto a la coordinación que, una vez efectuada, implica la conformidad de la administración pública con los datos contenidos en el folio registral. Tales datos servirán de base para las actuaciones de dicha administración con relación a los inmuebles que ya tengan los datos coordinados"[8].

[8] Centro Internacional de Derecho Registral, Revista de Derecho Registral, núm. 1, Madrid, 1981, págs. 69 a 71.

Capítulo XIV

PUBLICIDAD FORMAL Y EFECTOS JURÍDICOS DEL REGISTRO

142. La publicidad formal en el registro

Este principio tiende a crear un estado de cognoscibilidad general que posibilita a todos los asociados conocer los actos que configuran la historia jurídica de un inmueble determinado. Se entiende por publicidad formal la cognoscibilidad potencial del contenido del registro para todos los que puedan estar interesados en ello y los medios utilizados para convertir en actual dicha posibilidad de conocimiento; así como los medios habilitados para mostrar e incluso probar fuera del registro el contenido del mismo en un momento determinado[1].

En Colombia no existe norma expresa que limite o restrinja las personas que están legitimadas para conocer la historia jurídica de un inmueble; otras legislaciones, como, por ejemplo, la española, las circunscriben a aquellas que demuestren al registrador que les asiste un interés legítimo.

Los artículos 23 y 74 de la Constitución consagran dos derechos que permiten afirmar que el acceso a la información manejada por las oficinas de registro tiene protección constitucional. El artículo 23 establece que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El artículo 74 prevé que toda persona tiene derecho a acceder a los documentos públicos, salvo los casos que establezca la ley.

El estatuto registral, que es la norma especial, debió fijar los límites, sin embargo, no impuso ninguna restricción del acceso a la información contenida en los registros. Por otra parte, el Código Contencioso Administrativo, codificación que complementa las normas sobre registro, está acorde con las normas constitucionales a pesar de ser anterior a la Carta. En efecto, el artículo 17 con base en el derecho de petición consagrado en la Carta, lo extiende al derecho de solicitar y obtener acceso a la información referente a la acción de las autoridades, y, en particular, a que se expidan reproducciones de sus do-

[1] Luis Díez-Picazo, *op. cit.*, pág. 413.

cumentos. El artículo 19 del decreto 1 de 1984 fue adicionado por la ley 57 de 1985 y predica: "Toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposen en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos, siempre que dichos documentos no tengan carácter reservado conforme a la Constitución o la ley, o no hagan relación a la defensa o seguridad nacional".

Lo expresado es reforzado por la sentencia T182 de 1993 de la Corte Constitucional que al resolver tutela relativa al horario de consulta de los protocolos notariales, el derecho a la información y el acceso a los documentos públicos, llegó a la conclusión de que "... toda persona tiene derecho a consultar los documentos que reposan en las oficinas públicas y a que se le expida copia de los mismos"; más adelante añadió: "La Carta Política le confiere la categoría de servicio público a las prestaciones a cargo de los notarios (Const. Pol., art. 131), y no existe duda sobre la naturaleza igualmente pública de los documentos que integran los protocolos notariales".

La publicidad formal requiere de unos medios o instrumentos para hacerla efectiva; en Colombia tienen este carácter los siguientes: la constancia de inscripción, los certificados de tradición y libertad, los certificados de vigencia, la reproducción de notas de registro, las fotocopias de elementos de archivo, los certificados para los procesos declarativos de pertenencia y la exhibición de los elementos de archivo.

143. Constancia de inscripción

El artículo 28 del decreto 1250 de 1970 establece que una vez cumplida la inscripción, se deje constancia tanto en el ejemplar del título que se devolverá al interesado como en la copia destinada al archivo de la oficina. Las constancias de inscripción permiten a las partes interesadas conocer si el documento fue inscrito, cuándo fue inscrito, en cuál(es) matrícula(s) se registró y qué actos se registraron. Esa información inicial les permite determinar si la inscripción fue correcta y, en caso contrario, detectar la inexactitud registral. Se han presentado casos, por fortuna pocos, de instrumentos a los cuales se les ha insertado dolosamente constancias de inscripción, tipificándose falsedades cuyo objeto era estafar incautos. Los artículos 11, 18 y 28 garantizan a la oficina y al Estado no solo demostrar que son hechos ajenos al servicio, sino también salvaguardar la seguridad jurídica.

En efecto, con fundamento en el libro radicador se confirma si el documento realmente ingresó a la oficina y si fue registrado o no (art. 11). De todo documento que se inscriba se deja copia especial y auténtica con la constancia de inscripción, situación que debe verificarse (arts. 18 a 28); además, en cada etapa del registro se lleva una hoja de ruta con la fecha y el funcionario al cual le fue repartido. Basta revisarlas para llegar a una conclusión.

144. Certificados

A) *Certificados de tradición y libertad*

La publicidad de los asientos registrados se cumple mediante la expedición de un certificado de tradición y libertad que consiste en la reproducción de la información que se encuentra en la base de datos, en una fotocopia del folio de matrícula inmobiliaria o en una transcripción mecanográfica del contenido exacto del mismo, firmado por el registrador o el funcionario autorizado (decr. 1250 de 1970, art. 54). Cada oficina tiene un libro diario radicador donde lleva un control exacto de las solicitudes presentadas y de la fecha de tramitación. El artículo 56 concede un término de cinco días para su expedición.

La historia jurídica ha de remontarse a una tradición de veinte años, salvo que se trate de inmuebles baldíos adjudicados o de matrículas de bienes prescritos. El certificado de tradición se extenderá a más de veinte años cuando así lo solicite el interesado, o cuando existan gravámenes, limitaciones del dominio o medidas cautelares vigentes registradas con antelación a dicho término.

El estatuto no ha previsto la vigencia de un certificado una vez expedido, pues no contempla término de caducidad y las inscripciones se van surtiendo en la medida que se presentan documentos para su registro. El certificado puede quedar desactualizado de un día para otro y aun el mismo día, si, por ejemplo, en la mañana se entrega el certificado y en la tarde ingresa a la oficina un embargo, como la fecha de registro es la de su radicación, el certificado entregado no exhibe esa situación. De la expedición del certificado se deja constancia en el folio, con indicación de la fecha en que fue extractado.

B) *Certificados de vigencia y notas de registro*

El registrador puede expedir certificaciones relativas a los asientos registrados en los libros múltiples que no figuren en el folio de matrícula, porque pertenecen a inscripciones que rebasan los veinte años o por no ser viable su traslado al folio real cuando se trata de actos no registrables en el nuevo estatuto.

Así mismo, puede reproducir la constancia de inscripción —en copia especial y auténtica— de un instrumento que ya fue registrado. En este evento revisará y confrontará detenidamente el documento registrado con el que se presenta para la reproducción de notas. El instrumento cuyas notas se reproducen puede requerirse para que tenga mérito probatorio, conforme al artículo 43, *ibidem*.

C) *Certificados para proceso declarativo de pertenencia*

Quien posee un inmueble por el tiempo necesario para adquirir la propiedad, puede pedir al juez que declare en su favor el dominio. La acción de declaración de pertenencia se puede dirigir contra personas determinadas o

indeterminadas. Al respecto, el numeral 5 del artículo 407 del Código de Procedimiento Civil ordena: "A la demanda deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos en donde consten las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro, o que no aparece ninguna como tal". Más adelante añade: "Siempre que en el certificado figure determinada persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, la demanda deberá dirigirse contra ella". Varias posibilidades se presentan respecto a este certificado: a) si el interesado suministra información relativa al número de matrícula inmobiliaria o los datos de registro, es fácil su expedición; b) si solo indica el nombre completo del posible titular del derecho y/o la dirección o ubicación del inmueble, se procede a la búsqueda en los índices y con base en lo encontrado se certifica, con la constancia de que estos empezaron a formarse después de 1970, y c) si los datos aportados son vagos e imprecisos, se solicita complementación, de la que depende que se expida o se niegue por escrito la solicitud. El certificar que sobre un inmueble no aparece titular de derecho puede comprometer al registrador en una falsedad, y de ahí que tales certificados difícilmente se expidan.

145. Copias fotostáticas y exhibición de los elementos del archivo

Además de la matrícula inmobiliaria, cuya publicidad se adelanta con la expedición de certificados de tradición y libertad, el artículo 57 ordena al registrador expedir copias fotostáticas de las tarjetas índices de inmuebles y propietarios de los documentos que se encuentren en el archivo.

Conforme al artículo 4º del decreto 1250 de 1970 el archivo de registro está compuesto por los siguientes elementos: la matrícula inmobiliaria, los libros diarios radicadores de documentos y certificados, los índices de inmuebles y propietarios, los documentos que han servido como antecedentes registrales a las inscripciones —de los cuales se forma un expediente identificado con el número de matrícula asignado al inmueble respectivo— y el libro de actas de diligencias practicadas por funcionarios de la Superintendencia. Así mismo, el libro de registro de testamentos que es formado con las reproducciones expedidas por los notarios mientras se organiza el registro central (decr. 285 de 1975, art. 1º y decr. 1265 de 1975, art. 4º). Por último, se conservan los libros múltiples utilizados con antelación a la expedición del decreto-ley 1250 de 1970.

Estos elementos deben ser suministrados a quienes lo soliciten, con la vigilancia eficaz del registrador o del funcionario que delegue. Para que no se presenten interferencias con otras actividades de la oficina, el artículo 58 condiciona este servicio, y lo reglamenta, al fijar determinados días de la semana y/o establecer horarios especiales. Sin embargo, la tutela comentada en el presente capítulo dejó serias dudas en cuanto a las limitaciones indicadas aquí. Además, debe tenerse en cuenta la instrucción administrativa 38 de 1996.

146. De los fines y el valor del registro inmobiliario

Para valorar el papel que desempeña el registro de la propiedad en la sociedad actual como instrumento de seguridad en el tráfico de bienes inmuebles, es necesario detenernos en el análisis de los objetivos perseguidos por la institución. Previamente conviene advertir que Colombia se encuentra entre los países que exigen en la adquisición de los derechos reales la presencia de dos fuerzas armónicas: el título y el modo.

El primer gran objetivo de la institución registral colombiana es el de servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos, con lo cual nuestro registro emerge como constitutivo, al ser necesario para el nacimiento, modificación o extinción de los derechos reales inmobiliarios. El artículo 756 del Código Civil así lo consagra: "Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos..."; y agrega: "... de la misma manera se efectuará la tradición de los derechos de usufructo, o de uso constituido en bienes raíces, y de los de habitación o de hipoteca". Por su parte, el artículo 760, *ibidem*, lo hace extensivo a la servidumbre predial, con una redacción poco afortunada.

Así la cuestión, el registro desde el punto de vista de su valor es constitutivo. La inscripción es necesaria para el nacimiento, extinción o modificación de los derechos reales inmobiliarios, cuando tengan origen en un título traslativo de dominio, es decir, aquellos que generan la obligación de traditar.

Para que ese registro sea constitutivo la tradición tiene que cumplir ciertos requisitos, ya que sin ellos la inscripción no produce tales efectos. Ese sería el caso de la venta de cosa ajena, que por error se inscribe en la primera columna, caso que viola el principio de que nadie puede transferir lo que no tiene, lo cual acarrea que la inscripción no confiera dominio en el adquirente.

El segundo objetivo del registro que reviste particular importancia es el de publicitar la transferencia de los derechos reales y de todas aquellas situaciones que modifican, limitan o gravan la propiedad inmueble, finalidad que es extensiva a aquellos casos donde el registro se limita a publicar la adquisición de un derecho por los otros modos de adquirir el dominio: ocupación, accesión, sucesión por causa de muerte y prescripción. Tales inscripciones no tienen valor constitutivo, sino declarativo, porque tan solo reconocen la titularidad de un derecho obtenido antes del registro, que tiene como fin el publicitarlo y como efecto el hacerlo oponible a terceros. El campo donde actúa el objetivo de publicidad del registro es más extenso que aquel donde obra como medio de transferir el derecho real; la función que cumple el registro en Colombia, al igual que en las legislaciones de otros países, es ante todo el de dar publicidad a los actos jurídicos.

Si un juez declara dueño a un poseedor por prescripción y esta sentencia, al igual que la sentencia aprobatoria de la partición o la escritura que pone fin al trámite de sucesión ante notario, se registra, tal inscripción no tiene valor constitutivo, sino declarativo, porque solo se limita a reconocer la titularidad de un derecho obtenido antes del registro, que tiene como fin el publicitarlo y como efecto hacerlo oponible a terceros. Con idéntico objeto se inscriben otros actos que inciden en la situación jurídica de los derechos reales inmobiliarios.

La inscripción, sea constitutiva o declarativa si la ley lo exige, es indispensable para que surta efectos frente a terceros. Basta recordar el artículo 44 del decreto 1250 de 1970: "Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto de terceros, sino desde la fecha de aquel".

Otro objetivo pretendido por el registro es el de colocar los instrumentos registrados en condición de ser admitidos en juicio. El artículo 43 del decreto-ley 1250 de 1970 reza: "Ninguno de los títulos sujetos a inscripción prestará mérito probatorio, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina".

Por otra parte, el registro da mayores garantías de autenticidad y seguridad a los actos que cumplen con esta formalidad. Las declaraciones de voluntad que en alguna medida afectan los derechos reales inmobiliarios —además de ser autorizadas por notario, o expedidas por autoridad judicial o administrativa— están sometidas a la revisión y análisis del registrador, quien examina el cumplimiento de los requisitos formales y las confronta con la historia jurídica para decidir su inscripción. Así mismo, de cada instrumento sometido a registro se guarda copia especial y auténtica en la oficina, copia que en cualquier momento puede ser consultada o reproducida, de manera que se reducen los riesgos y perjuicios que ocasionaría una eventual pérdida, destrucción del protocolo del notario o de los archivos de las dependencias judiciales o administrativas.

El papel que desempeña el registro al ser evaluado desde la perspectiva de los objetivos que debe cumplir, permite concluir que, bien sea como requisito de la transferencia o constitución de los derechos reales inmobiliarios, o como condición para ser oponible a terceros o servir de medio de prueba ante los estrados judiciales o administrativos, o como protocolo donde reposan los documentos públicos que han generado la historia jurídica de la propiedad inmueble, es una institución que en una u otra forma no solo imprime seguridad al tráfico inmobiliario y al crédito territorial, sino que también emerge como factor decisivo en el buen suceso de las relaciones económicas y el orden social.

147. Funciones del registro

De los fines y principios del registro inmobiliario pueden inferirse las funciones que corresponden a la institución, hasta el punto que los fines tratados —modo tradición, publicidad, medio probatorio, mayores garantías de auten-

ticidad y seguridad— son considerados como funciones del registro en la investigación auspiciada por el Ministerio de Justicia y del Derecho y adelantada por la Universidad del Rosario, en la que participó el autor. Además de las citadas, son funciones del registro:

1) Declarar la existencia de los derechos reales inmuebles. Por esto, cuando los derechos se adquieren por modo diferente a la tradición, las providencias judiciales y administrativas que declaran la realización del modo, deben ser inscritas sin que se requiera consentimiento de las partes y de los terceros.

2) La inscripción refleja la realidad. La anotación está protegida por el principio de cosa juzgada formal, lo cual permite rectificaciones y correcciones, pero cualquier modificación debe estar precedida de una anotación que suspenda los efectos de la presunción.

3) El registro proporciona información sobre todos los inmuebles del territorio nacional que se encuentran en el trafico jurídico y respecto a los titulares de derechos reales sobre ellos[2].

4) El registro permite la unificación de los inmuebles por elementos distintos de la unidad física. Por tanto, para la implementación de medidas administrativas o económicas, el folio unifica los inmuebles conservando su individualidad, verbigracia, los inmuebles que componen una unidad de actuación urbanística o que hacen parte de un resguardo indígena.

148. Principios que consolidan la seguridad jurídica

La finalidad última del registro de la propiedad es la de garantizar la seguridad jurídica del comercio inmobiliario. En la teoría general se estudiaron en detalle los principios que orientan el registro; en los comentarios al registro de instrumentos públicos también se han analizado algunos de ellos.

El Estado, al crear un determinado registro, busca ofrecer o garantizar seguridad, que será jurídica en la medida que su cumplimiento sea inexorable, coercitivo y justo. De tal manera que cualquier miembro de la sociedad interesado en conocer la situación jurídica —incluso el titular del derecho personal o real que ha tenido acceso al registro— pueda tener seguridad y certeza de que la información consignada o inscrita es cierta y confiable, lo cual trae tranquilidad y paz a la sociedad.

Ahora bien, para que el registro inmobiliario sea prenda de garantía a la comunidad, requiere de la concurrencia de principios, en especial, los principios de legitimación, fe pública registral y el de publicidad formal.

Como se estudió oportunamente en la teoría general, mediante el principio de legitimación los asientos registrales gozan de una presunción de vera-

[2] Ministerio de Justicia y del Derecho, Universidad del Rosario. Investigación El registro como forma de protección de la propiedad. Bogotá, 1998, págs. 277-278.

cidad o exactitud en favor del titular inscrito; mientras no se demuestre lo contrario, es una presunción *iuris tantum*, que coloca a quien está al margen en situación de desvirtuarla o probar su derecho. No se desconoce la posibilidad de desacuerdo entre la realidad y el registro, pero se tiene como excepcional.

El valor procesal de este principio se refleja en materia probatoria, al amparar al titular inscrito. Su afirmación y el certificado del registrador colocan al legítimo contradictor en situación de desvirtuar la presunción y para ello debe demostrar que el derecho inscrito no se constituyó, no existe o está cancelado. En otras palabras, la carga de la prueba corresponde al no inscrito.

Mientras el principio de legitimación protege al titular registral con la presunción legal de apariencia de veracidad, el principio de la fe pública protege al tercer adquirente del titular inscrito una vez registrado el acto que le da tal connotación y cumplidos los requisitos legales.

Por el principio de la fe pública registral se mantiene en la titularidad del derecho inscrito a terceros de buena fe cuya adquisición sea onerosa, si al celebrar negocios jurídicos válidos han confiado en el contenido del registro inexacto. La legitimación y la fe pública registral posibilitan presumir la exactitud del registro, y de su vigencia y alcance depende el grado de seguridad ofrecido.

Una vez que en el registro se toma razón del acto, título, hecho o negocio jurídico, tiene que existir un medio que facilite su conocimiento actual o eventual a quienes tengan algún interés legítimo. De no ser así se desvirtuaría su razón de ser, operaría la clandestinidad, la incertidumbre y la inseguridad. La publicidad es válida así esté reservada a un reducido número de personas que puedan tener acceso a la información, y con esta limitación no se rompe el principio, pues este ha de estar al servicio de los sujetos que en razón de la ley o el reglamento requieren de ese conocimiento para la toma de decisiones.

La doctrina distingue entre la publicidad meramente publicitaria, tal como sucede con los anuncios, pregones, edictos; la publicidad con fines de protección a terceros, y la publicidad con carácter constitutivo, como elemento integrante del mecanismo de transmisión de los derechos.

En el registro inmobiliario, a los anteriores principios debe agregarse el de legalidad —ya estudiado al tratar la calificación en el proceso de registro—, como elementos configurantes de la seguridad jurídica en el tráfico del comercio inmobiliario.

149. Efectos de la inscripción frente a las partes y a terceros

En tanto el principio de legitimación fija el contenido y alcance de los efectos de la inscripción frente a las partes, el de fe pública hace lo propio frente a terceros. El principio de legitimación ofrece dos variables: presumir que el derecho inscrito existe en favor de la persona que figura como adquirente,

mientras no se demuestre lo contrario, y la de presumir que el derecho cancelado no existe y no recupera su valor sino en virtud de sentencia en firme (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 43 y 44).

El principio de legitimación tiene en Colombia un valor relativo, por no existir inscripciones abstractas, todas son causadas porque tienen su razón de ser en el título, de tal forma que la validez de la inscripción está condicionada a la validez y efectos del instrumento registrado. Si el título es inválido, la inscripción también lo es: "La inscripción no aumenta ni disminuye el valor de los títulos". En consecuencia, si el título es declarado nulo, implica la cancelación de la inscripción[3].

Este principio protege a las personas que actúan en el instrumento respecto a las recíprocas relaciones que se insertan, es decir, tiene aplicación interpartes y coloca a los terceros que están al margen en situación de probar lo contrario.

El principio de fe pública registral adquiere importancia al presentarse incongruencia entre la real situación jurídica de un inmueble y lo reflejado en los asientos registrales. El artículo 44 del estatuto registral colombiano reza: "Por regla general ningún título o instrumento sujeto a registro o inscripción surtirá efectos respecto a terceros, sino desde la fecha de aquel". Esta disposición fija el momento a partir del cual el acto es oponible a terceros, pero no consagra expresamente el principio de la fe pública registral.

Los artículos 109, 1548 y 1766 del Código Civil sirven de sustentación al tratadista ARTURO VALENCIA ZEA[4], para afirmar que en nuestro ordenamiento positivo se consagra el principio de la fe pública. El doctor VALENCIA ZEA concluye que en la situación de derecho que contradice lo anunciado en el registro, o lo invalida, la sentencia proferida puede oponerse al otro contratante, pero no al tercero de buena fe a título oneroso que haya derivado un derecho de la inscripción. Recordemos el texto de estos artículos:

"Art. 1548. Si el que debe un inmueble bajo condición lo enajena, o lo grava con hipoteca o servidumbre, no podrá resolverse la enajenación o gravamen, sino cuando la condición constaba en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública".

Ha de entenderse la parte inicial de la disposición en el sentido de que se trata de un propietario que tiene un inmueble bajo condición suspensiva o resolutoria; en cada caso es preciso distinguir dos modalidades. En la primera, la condición es expresa o tácita aparente, es decir, se infiere de la lectura del título y, además, se encuentra inscrita. Si el negocio jurídico se llegase a resolver, tal decisión afecta a terceros adquirentes. Pero si, por el contrario, la condición es oculta, y, por ende, desconocida por terceros adquirentes que han

[3] ROBERTO BURGOS CANTOR y EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, *op. cit.*, págs. 72 a 74.

[4] ARTURO VALENCIA ZEA, *op. cit.*, pág. 618.

obtenido su derecho a título oneroso y están de buena fe, al cumplirse la condición no se ven afectados.

Dos argumentos sirven para plantear serias dudas acerca de la consagración del principio registral de la fe pública en el artículo 1548. La redacción de la parte final emplea la conjunción disyuntiva "u" (por "o"), lo cual da la posibilidad de que alternativamente la condición esté en el título inscrito o en el otorgado por escritura pública. Cosa distinta sería que el legislador hubiere utilizado una conjunción copulativa. Además, en el artículo inmediatamente anterior (1547) se da igual tratamiento a quien tenga la propiedad de bienes muebles sometida a condición y los enajene, sin que sea procedente la acción reivindicatoria contra poseedores de buena fe.

El artículo 1766 establece: "Las escrituras privadas hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros". Y agrega: "Tampoco lo producirán las contraescrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alertan en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercero". Como puede observarse, en nada contribuye a nuestro estudio, pues solo hace referencia a la escritura privada o pública, pero no al registro.

VALENCIA ZEA cita también el artículo 109 del Código Civil y el artículo 657 del Código de Procedimiento Civil, donde se contempla la rescisión de la partición y la adjudicación de los bienes del declarado muerto por presunción, cuando este reaparece, rescisión que no afecta las enajenaciones o constitución de gravámenes efectuados por los herederos presuntivos conforme a las leyes.

El no estar expresamente consagrado el principio de la fe pública en el estatuto registral, deja razonables dudas acerca de su existencia en el ordenamiento colombiano. Ello no ha sido obstáculo para que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en los artículos 1547, 1548 y 1933 del Código Civil haya aplicado la regla *error communis facit ius*, es decir, que un error invencible en el cual puede incurrir cualquier persona prudente o diligente, tiene la virtud de convertir la simple apariencia en realidad, de crear una situación jurídica[5].

150. LA INSCRIPCIÓN O SU RECHAZO COMO ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo es aquel que emana de un funcionario proveniente de la rama ejecutiva del poder público, denominada en términos genéricos administración, o de un sujeto privado que ha sido investido expresamente por el Estado para ejercer una función pública, tal como sucede con las cámaras de comercio, que ejercen el registro público mercantil. El acto administrativo crea, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva en beneficio o a cargo de una persona, o permite aplicar a esta una situación jurídica objetiva.

[5] ROBERTO BURGOS CANTOR y EDUARDO CAICEDO ESCOBAR, *op. cit.*, pág. 81.

El acto administrativo es la manifestación de voluntad de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, o de un particular debidamente autorizado por la ley, tendiente a producir efectos jurídicos. Los registradores son funcionarios públicos, pertenecen a la rama ejecutiva del poder público y tienen unas funciones regladas en la ley. De lo expresado se infiere que la actuación desplegada por los registradores en uso de sus funciones desde el punto de vista orgánico es de carácter administrativo. Desde la perspectiva formal, la actividad que desarrollada por el registrador debe cumplir con las etapas del procedimiento de registro y culminar con la inscripción o la nota que inadmite el documento.

Esta actuación goza de cierta especialidad en el contexto normativo en la medida que está regulada por un estatuto particular, cual es el decreto-ley 1250 de 1970, pero no deja por esto de tener una naturaleza administrativa. El trámite que se adelanta en una oficina de registro para la toma de decisión en la modificación del régimen jurídico de los derechos reales sobre un inmueble, es un procedimiento registral especial y la inscripción o la negativa a hacerla es un acto de registro. Pero el procedimiento y el acto de registro o inscripción no son otra cosa que una especie del género actuación administrativa y acto administrativo, respectivamente.

De los actos administrativos —entendidos como las conductas y las abstenciones capaces de producir efectos jurídicos, y en cuya realización influyen de modo directo e inmediato la voluntad o la inteligencia— interesa a este estudio los que son de carácter particular, es decir, aquellos que modifican, crean o extinguen una situación jurídica individual y subjetiva, ya que estos son coincidentes con el acto de registro o su negativa.

Antes de entrar a regir el Código Contencioso Administrativo de 1984, la determinación de la naturaleza jurídica de la inscripción era motivo de controversia, pues se discutía si era un acto administrativo o no. El Código clarificó la situación al referirse al momento en que se consideraban notificados los actos de inscripción realizados por las entidades públicas (art. 44), al consagrar la acción de nulidad contra los actos de certificación y registro (art. 84, inc. final) y al asimilar los hechos y operaciones administrativas al acto administrativo (art. 83). Con estas disposiciones fueron superadas las dudas.

La inscripción de un documento, su inadmisión o rechazo, la corrección de una inexactitud registral sustancial son actos administrativos. Ello permite que a los casos no regulados en los estatutos de registro (decrs.-leyes 1250, 2156 de 1970 y 1711 de 1984) y en el de la Superintendencia de Notariado y Registro (decr. 2158 de 1992), les sean aplicables las disposiciones del Código Contencioso Administrativo.

151. Consecuencias de la inscripción como acto administrativo

El carácter de acto administrativo de la inscripción permite señalar algunas particularidades y consecuencias:

a. Con la desanotación del documento inscrito en el libro diario radicador se entiende culminado el registro y notificada la actuación. Esta es una notificación ficta, por cuanto es posible que en esa fecha los interesados no se enteren de la forma como se llevó la inscripción porque ello dependerá del día en el cual reclamen el documento.

El inciso 4º del artículo 44 del Código Contencioso Administrativo determina el momento en que se entiende notificado el acto de registro: "No obstante lo dispuesto en este artículo, los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación".

Si se niega la inscripción de un documento, el acto se entiende notificado en el momento de la recepción por el interesado del documento rechazado, circunstancia de la cual se deja constancia en la nota de devolución. Así lo determinó la Superintendencia para no hacer nugatorio el recurso de reposición.

b. A partir del día siguiente de la notificación ficta empieza a contarse el término de cinco días para impugnar por vía gubernativa el registro. Contra el acto de inscripción o su negativa procede el recurso de reposición, cuya decisión es de competencia del registrador. Este recurso tiene por objeto que la inscripción o su rechazo se aclare, modifique o revoque.

En el caso de que el recurso de reposición no se intente dentro del término, el interesado puede interponer el recurso extraordinario de revocatoria directa, recurso que también puede surtirse oficiosamente por el registrador y el cual es de recibo en los eventos y con las condiciones señaladas en los artículos 69 y siguientes del Código Contencioso Administrativo.

Conviene precisar que la facultad de corrección de errores de que se encuentra investido el registrador en razón del artículo 35 que en forma expresa así lo determina y en virtud de la interpretación del artículo 82 del decreto-ley 1250 de 1970, difiere de la prerrogativa que asiste al registrador de revocar directamente los actos que produce, la cual surge como consecuencia de la naturaleza jurídica del acto de inscripción, que es considerado como acto administrativo por el Código que disciplina estas materias y que concede al funcionario público que dictó el acto la facultad de revocar y corregir su actuación, evitando la congestión de los tribunales de lo contencioso administrativo.

c. Contra el acto de inscripción o su negativa proceden las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho. El acto de inscripción o su rechazo, es un acto administrativo y como tal está sometido al control de legalidad que ejerce la jurisdicción contenciosa administrativa.

Los artículos 84 y 85 del Código Contencioso Administrativo contemplan las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho. La primera la puede ejercer cualquier persona y se dirige a que se declare la nulidad del acto administrativo. Procede "... no solo cuando los actos administrativos infrinjan

normas en que deben fundarse, sino también cuando hayan sido expedidos por funcionarios u organismos incompetentes, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y de defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió". "También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro" (C. C. A., art. 84). La nulidad absoluta podrá ejercitarse en cualquier tiempo (C. C. A., art. 136).

La acción de restablecimiento del derecho puede intentarse por cualquier persona que se sienta lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica; la pretensión se dirige a obtener que se declare la nulidad del acto administrativo y como consecuencia de ello se restablezca su derecho. También podrá solicitar que se le repare el daño (art. 85, *ibidem*). Esta acción tiene una caducidad de cuatro meses contados a partir del día de publicación, notificación o ejecución del acto (C. C. A., art. 136).

En este orden de ideas, la inscripción o su negativa, como actos de la administración, pueden ser objeto de recurso por vía gubernativa y de acciones contencioso administrativas, prerrogativas que permiten al interesado que se considere perjudicado con la decisión, el defenderse para proteger los derechos que considere conculcados.

d. La solicitud de una inscripción guarda relación directa con el derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política y regulado de manera general en el artículo 9º del Código Contencioso Administrativo, el cual sirve de complemento a las normas específicas que sobre este tema tiene el estatuto de registro, aplicado de manera preferente.

El decreto-ley 1250 de 1970 estableció un procedimiento de obligatorio cumplimiento para efectuar la inscripción de un acto o contrato sujeto a registro. Al dictarse el decreto 1 de 1984, varias de sus normas hicieron referencia a la inscripción como acto administrativo. Ahora bien, como el decreto 1250 no reguló todo lo relativo a las actuaciones administrativas, se debe tener en cuenta el inciso 2º del artículo 1º del Código Contencioso Administrativo que preceptúa: "Los procedimientos administrativos regulados por normas especiales se regirán por estas, en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles".

La primera parte del Código regula las actuaciones administrativas; reviste especial importancia a la institución del registro la regulación del derecho de petición en interés particular, la vía gubernativa y la revocatoria directa de los actos administrativos, disposiciones que complementan el estatuto de registro.

e. El desistimiento del registro de un documento es de recibo cuando es solicitado por las partes que intervinieron en el acto, en escrito cuyas firmas estén autenticadas, siempre y cuando no se haya efectuado la anotación en la

matrícula inmobiliaria. En las actuaciones jurisdiccionales, administrativas y arbitrales, el desistimiento procede cuando el funcionario competente lo solicite en igual oportunidad. El desistimiento opera tanto con respecto al derecho de petición en interés particular, por ejemplo, la solicitud de una inscripción o la expedición de un certificado, como en el caso de la interposición de los recursos por vía gubernativa. En el primer caso para que se acepte es necesario que el proceso de registro no hubiere culminado. En el segundo caso, se concede el desistimiento, salvo que el registrador considere que sí existe error y asuma oficiosamente la actuación para proceder a enmendarla. En cualquier caso, la decisión del registrador se hará mediante acto administrativo.

152. Errores en la inscripción

El profesor Miguel Dancur, en artículo sobre el tema, hace una síntesis de los errores que se cometen en el registro[6], y los clasifica en:

A) *Error mecanográfico en el folio*

De muy frecuente ocurrencia, generalmente no afecta a las partes ni a terceras personas. También puede presentarse en la constancia de inscripción.

B) *Anotación indebida*

No se trata de una anotación ilegal, es legal, pero no debió efectuarse de esa manera. A título de ejemplo cita la anotación hecha en un folio que no corresponde, o la apertura de un folio cuando ya existía otro.

C) *Calificación ilegal*

Cuando se ordena el registro de un documento que no cumple con los requisitos legales, o existe prohibición o inhibición que impide la inscripción o pretermite las etapas del proceso, o cuando se realiza una inscripción extemporánea.

D) *Error generado por una interpretación errónea*

Con frecuencia el registrador al someter a su estudio un documento, interpreta de manera equivocada una norma; situación que lo lleva a inscribir o negar la inscripción con base en la norma consultada. No es extraño que al surgir a la vida jurídica una nueva legislación o la inexperiencia del funcionario calificador lo lleven a ejercer funciones que no le corresponden. Abandona la órbita de funcionario administrativo e invade la del notario, o la del juez. Los casos más comunes se presentan en las inadmisiones que no se fundamentan en normas que lo facultan para rechazar un documento. A este punto se hizo referencia al estudiar la calificación.

[6] Miguel Dancur Baldovino, *Encuentros de capacitación*, núm. 4, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1987, págs. 14 a 17.

E) *Omisión*

Consiste en omitir una anotación. Se presenta cuando en un documento que ha ingresado a registro constan varios actos sujetos a registro y no se inscriben todos. La situación más grave ocurre en la omisión de embargos, pues podría ocurrir que un oficio de embargo o una prohibición judicial afecta varios inmuebles y no aparezca registrado en todos, y luego llegue un acto de enajenación o de hipoteca que se inscribe sin tener en cuenta el embargo por no encontrarse asentado en el respectivo folio. Este tipo de error tiene implicaciones no solo entre las partes, sino también frente a terceros, y su corrección es quizás la más difícil de decidir.

153. Facultad de corrección en el estatuto de registro

Los errores cometidos al practicar una inscripción pueden tener mayor o menor trascendencia. El procedimiento utilizado para corregirlos varía según las implicaciones que tiene el error en el tráfico jurídico de la propiedad raíz. El poder o facultad de corrección se fundamenta en el carácter de acto administrativo de la inscripción y en los mandatos de los artículos 35 y 82 del decreto-ley 1250. Dada su importancia se transcriben a continuación.

"Artículo 35. Los errores en que se ha incurrido al realizar una inscripción, se corregirán subrayando y encerrando entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deben suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deban agregarse y salvando al final lo corregido, reproduciéndolo entre comillas e indicando si vale o no vale lo suprimido o agregado. Podrá hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo y así se indicará en la salvedad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el registrador o su delegado. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales".

"Artículo 82. El modo de abrir y llevar la matrícula se ajustará a lo dispuesto en esta ordenación, de manera que aquella exhiba en todo momento el estado jurídico del respectivo bien".

De la lectura del artículo 35 se infiere la atribución que le asiste al registrador para corregir los errores formales cometidos al efectuar la inscripción; tales como el error producido por una mala digitación o transcripción mecanográfica, y en general aquellos que no tienen mayor incidencia en la situación jurídica del inmueble. A manera de ejemplo, la rectificación en los nombres de las personas que intervienen en el acto, o de la oficina de origen, o el número de escritura u oficio, la anotación realizada en la columna inapropiada, error en la nomenclatura, etc. Errores que una vez corregidos de acuerdo con el artículo 35 deben ser salvados por el funcionario designado para tal efecto.

Con respecto a errores de mayor trascendencia, se debe distinguir si ellos han sido publicitados o no (al expedir un certificado de tradición y libertad, al exhibir el folio que lo contiene o en la constancia de la inscripción que se impone o anexa al documento que se entrega al usuario). Asímismo, debe examinarse si el error perjudica solo a las partes o también a terceros determinados, si sus efectos se extienden aun a terceros indeterminados; de ese análisis se concluye cuál es el procedimiento que debe adelantarse. Si no se ha dado publicidad, podría aplicarse el artículo 35; si ha sido publicitado, pero la corrección solo vincula a las partes o a terceros determinados, se iniciará trámite con base en el decreto 1 de 1984, tendiente a establecer la procedencia de la corrección, citando a los interesados. Cuando se deduce que terceros indeterminados pueden ser afectados, es necesario ordenar las publicaciones de acuerdo con el Código Contencioso Administrativo.

En todo caso, la corrección puede adelantarse de oficio o a petición de parte. En esta labor representa papel protagónico la interpretación del jurista, por cuanto la decisión implica la determinación de la forma como ha de procederse según la entidad, la magnitud e implicaciones del error; la publicidad que se ha dado del mismo y los efectos que pueda producir. El fundamento legal lo encontramos en el artículo 82 en el sentido de que la matrícula en todo momento debe exhibir el estado jurídico del bien.

154. Revocatoria directa en el estatuto contencioso administrativo

Conviene tener presente que el estatuto de registro de instrumentos públicos (decr.-ley 1250 de 1970) guardó silencio respecto a los recursos que proceden contra los actos de inscripción o rechazo de documentos, razón por la cual en este aspecto debe aplicarse lo establecido en el artículo 1º del Código Contencioso Administrativo (decr.-ley 1 de 1984), que al referirse al campo de aplicación expresó: "Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte que sean compatibles". Tales son los casos del recurso de reposición y la revocatoria directa.

El profesor Miguel González Rodríguez[7], llama la atención acerca de lo redundante que es agregar al término revocatoria el calificativo de directa y hace una distinción entre la revocatoria y la anulación. La revocatoria es la extinción del acto administrativo en la vía administrativa o gubernativa, sea por razones de legalidad o por razones de mérito, es decir, de conveniencia o de interés público o social. Mediante la anulación opera la extinción del acto jurídico en la vía jurisdiccional, únicamente por razones de legalidad, ya que nunca podrá fundarse la sentencia de una acción contencioso-administrativa de nulidad o de restablecimiento del derecho en razones de oportunidad o conveniencia.

[7] Miguel González Rodríguez, *Derecho procesal administrativo*, Bogotá, Ediciones Rosaristas, 1984, págs. 67 a 75.

De acuerdo con el artículo 69 del Código Contencioso Administrativo, los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte en cualquiera de los siguientes casos: 1) cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley; 2) cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él, y 3) cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.

Los artículos 70 a 74 del Código Contencioso Administrativo determinan las reglas que dominan la revocatoria directa; entre ellas conviene precisar las siguientes:

Improcedencia. No podrá pedirse la revocación directa de los actos administrativos contra los cuales procedan los recursos de la vía gubernativa (art. 70).

Oportunidad. La revocación podrá cumplirse en cualquier tiempo, inclusive en relación con actos en firme o aun cuando se haya acudido a los tribunales contencioso administrativos, siempre que en este último caso no se haya dictado auto admisorio de la demanda (art. 71).

Efectos. Ni la petición de revocación de un acto, ni la decisión que sobre ella recaiga revivirán los términos legales para el ejercicio de las acciones contencioso administrativas, ni darán lugar a la aplicación del silencio administrativo (art. 72).

Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreta o reconocido un derecho de igual categoría no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales. Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión (C. C. A., art. 73).

Procedimiento para la revocación de actos de carácter particular y concreto. Para proceder a la revocación se adelantará actuación administrativa (art. 74).

El acto administrativo es objeto de revocatoria directa cuando se presenta cualquiera de las causales del artículo 69 del Código Contencioso Administrativo. Como la inscripción o la negativa a efectuarla es un acto administrativo, es susceptible de ser revocado. La duda radica en si es necesario obtener el consentimiento expreso y escrito del titular, como lo exige el artículo 73 del Código Contencioso Administrativo en el caso de que el acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, o reconocido un derecho de igual categoría.

155. Vicisitudes de la revocatoria directa

Al revisar las sentencias dictadas por el Consejo de Estado y los tribunales administrativos, en aquellos procesos donde se ha examinado la legalidad de la actuación del registrador cuando previo procedimiento decidió ordenar mediante resolución motivada la supresión de una anotación efectuada violando la Constitución o la ley, o que fue incluida en un folio empleando medios fraudulentos o delictivos por personas ajenas al funcionario responsable del registro, se concluye que la jurisprudencia no ha sido pacífica.

Si se analiza la posición del Consejo de Estado en lo referente al contenido y alcance en la utilización de la revocatoria directa por parte del registrador, se observan tres etapas en el desarrollo jurisprudencial a partir de la expedición del decreto ley 1 de 1984 o Código Contencioso Administrativo.

En la primera etapa el Consejo aceptó la aplicación de la revocatoria directa aun sin mediar el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular (1984-1994). En la segunda etapa, que puede considerarse de transición, la opinión se dividió de tal forma que la decisión dependía de los magistrados que integraban la respectiva sala. En algunos casos se reiteraba la postura anterior, en otros, se exigió la autorización expresa y escrita de quien con el acto que se pretendía revocar obtuvo una situación jurídica de carácter particular y concreto (1994-1998). En la tercera etapa se unifica la jurisprudencia, optándose por aceptar la revocatoria directa de manera restringida, siempre y cuando se obtenga la autorización del titular (1998).

A) *Legalidad de la revocatoria directa sin mediar consentimiento (1984-1994)*

En esta primera etapa el Consejo de Estado admitió que el registrador de instrumentos públicos revocara los actos de inscripción efectuados con violación a la Constitución o la ley, o cuando era evidente que el acto ocurrió por medios ilegales, sin que fuera necesario el consentimiento expresó y escrito del respectivo titular.

Al analizar la revocatoria directa, el doctor Carlos Betancur Jaramillo concibe al registrador como un historiador de la situación jurídica de los inmuebles desde el punto de vista de su propiedad, limitación y gravámenes; además, como un fedatario de la historia que muestran las inscripciones y cancelaciones realizadas.

Más adelante añade que en su función de historiador que da fe o testifica esa realidad, en principio no podrá con sus decisiones modificar la situación real que se desprende de los actos y contratos que inscribe. Es decir, no tiene competencia para modificar la historia que los actos y hechos revelan por sí mismos. En otras palabras, un registro ilegal o extemporáneo no puede, por sí solo, modificar la situación que los actos jurídicos sujetos a inscripción han

conformado. Los efectos producidos por una inscripción no se derivan de la manifestación de voluntad del registrador, sino de la ley, la que le otorga a la inscripción o anotación ciertos efectos jurídicos[8].

Ahora bien, si el registrador no puede modificar esa historia, ¿qué sucede cuando incurre en un error al hacer o negar una inscripción? La respuesta a este interrogante se facilita en la medida que se tiene la certeza de que el registro no da ni quita derechos, estos nacen, se modifican o extinguen cuando se dan los presupuestos legales; el registro es uno de ellos, pero por el solo hecho de una mala inscripción el titular no pierde su derecho ni el favorecido en apariencia por esa incorrección lo adquiere.

Situación diferente se presenta ante los perjuicios derivados de la publicidad de hechos no acordes con la realidad jurídica frente a terceros, o los perjuicios ocasionados por negarse a inscribir un documento que cumple con todos los requisitos, los cuales dan lugar a las acciones dirigidas contra el Estado y el funcionario público en aras de establecer la responsabilidad y las indemnizaciones pertinentes.

Debe partirse del supuesto de que un acto manifiestamente ilegal o inconstitucional o atentatorio del interés público o social, no puede crear ni modificar una situación jurídica de carácter particular al acceder equivocadamente al registro, porque el registro por sí solo no confiere derechos ni modifica situaciones jurídicas, ellas nacen de los actos celebrados por los particulares o las decisiones tomadas por las autoridades judiciales, administrativas o arbitrales. Ni aun la tradición de inmuebles o la constitución de derechos reales mediante el registro son estrictamente dependientes del acto del registrador, sino que emanan de la ley que ha consagrado esos efectos.

Veamos algunas situaciones que clarifican lo expresado:

— El deudor propietario de un inmueble embargado que vende y obtiene el registro del acto sin que medie autorización judicial por una ligereza del funcionario calificador. ¿Podrá el comprador exigir que se mantenga el registro de la compraventa siendo que él conocía la existencia de la medida cautelar porque había solicitado, previo al negocio, un certificado de tradición y libertad?

— Quien celebró contrato de arrendamiento por escritura pública y fue equivocadamente inscrita como compraventa, ¿tendrá algún derecho para impedir la revocatoria del acto?

— Quien inscribió una hipoteca extemporánea, ¿tendrá autoridad para exigir que se conserve el registro a sabiendas de que su deudor en el respectivo proceso ejecutivo excepcionará?

— Quien compró cosa ajena y la inscripción se llevó como transferencia de dominio, ¿por ese error adquiere la propiedad?

[8] CARLOS BETANCUR JARAMILLO, *Encuentros de capacitación*, núm. 1, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1986, págs. 21 a 29.

— El acreedor que embargó un bien sobre el que se encuentra constituida una propiedad fiduciaria, a la que la ley le da el carácter de inembargable y por un error fue registrada la medida cautelar, ¿obtendrá el remate del bien por esa circunstancia?

— Quien en forma fraudulenta accede un documento al registro sin que se cumplan las etapas del proceso, ¿derivará un derecho de las cláusulas contenidas en el contrato por registro irregular?

— Quien dolosamente cambia un folio de matrícula inmobiliaria por otro con información que le favorece, o consigue que una persona altere la real situación jurídica de un inmueble, verbigracia suprime anotaciones (embargos, hipotecas), modifica la cabida del predio por otra mayor, sustituye el propietario o incluye anotaciones de títulos inexistentes, ¿estará en capacidad jurídica y moral para autorizar la revocatoria?

Con base en lo expresado el Consejo de Estado aceptó en jurisprudencias reiteradas la revocatoria directa, previo cumplimiento del procedimiento administrativo consagrado en el Código Contencioso Administrativo, sin que para estos efectos sea necesario el consentimiento expreso de quien por un error en el registro pretenda haber adquirido un derecho.

Conviene aclarar que la facultad de corrección de errores y la revocatoria directa solo era de recibo por los errores cometidos dentro del proceso de registro, es decir, en la oficina de registro. Dichas decisiones estaban sometidas al control de la jurisdicción contencioso administrativa mediante las acciones de nulidad y restablecimiento del derecho, previo agotamiento de la vía gubernativa.

No sucede lo mismo con aquellos errores, fraudes y delitos que afectan el título o negocio jurídico y que han sido registrados, revestidos de la presunción de autenticidad que ampara a los documentos públicos. Las controversias suscitadas son de competencia de la jurisdicción ordinaria y la cancelación de la inscripción como acto que la deja sin efecto solo procede cuando se le presente la prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido (decr.-ley 1250 de 1970, arts. 39 a 42).

B) *Fase de transición. Opiniones divididas en la revocatoria (1984-1994)*

Como puede observarse en el suplemento, durante este período la jurisprudencia del Consejo de Estado no es uniforme. A manera de ejemplo, mientras en sentencia del 7 de julio de 1994, en su ponencia el magistrado Miguel Gonzalez Rodríguez precisaba que la administración no puede revocar el acto de inscripción, pues para ello era necesario que el titular de la situación jurídica creada por ella diera su consentimiento, en sentencia del 12 de julio del mismo año, con ponencia del magistrado Libardo Rodríguez, se reitero la jurisprudencia que sostuvo el Consejo de Estado desde 1984.

C) *Restricciones a la revocatoria directa*

Fundamentada en el artículo 130 del Código Contencioso Administrativo la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo con el fin de unificar la jurisprudencia, admitió y resolvió un recurso extraordinario de súplica por considerar que la sentencia del 12 de julio anteriormente citada había acogido doctrina contraria a una jurisprudencia de la corporación. El recurso prosperó y con ponencia del magistrado Javier Díaz Bueno se dictó el fallo de septiembre 1º de 1998, que infirmó la sentencia con varios salvamentos de voto.

De su lectura se infieren las siguientes conclusiones:

1. El decreto 1 de 1984 contempló dos excepciones a la prohibición de revocar los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares o reconocedores de derechos de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular:

a) Los actos administrativos que resulten del silencio administrativo positivo cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución o a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social o atenten contra él, o si con ellos se causa un agravio injustificado a una persona. También cuando es evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

b) Cuando se trata de la revocatoria parcial de los actos administrativos, por ser necesaria para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no inciden en el sentido de la decisión.

2. Si no ocurren los eventos anteriores y se reúnen los presupuestos legales para la revocación del acto, la administración debe solicitar a quien figura como titular el consentimiento expreso y escrito; sin no lo obtiene, no estando autorizada para revocarlo, debe demandar su anulación ante la autoridad judicial competente.

3. Lo anterior en virtud a que el derecho público reconoce como principio que el acto administrativo está amparado por la presunción de legalidad, por lo tanto de obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad, motivo por el cual si el titular del derecho subjetivo, particular y concreto no otorga su consentimiento para su revocación o cancelación, la administración carece de la potestad para hacerlo desaparecer del ámbito jurídico mediante el ejercicio de la facultad unilateral.

Capítulo XV

REGISTRO DE EMBARGOS

156. Medidas cautelares

El artículo 7º del decreto-ley 1250 de 1970 al hacer referencia a las secciones o columnas del folio de matrícula inmobiliaria, determina que la cuarta columna se destina para la anotación de medidas cautelares y cita como tales los embargos, demandas civiles y prohibiciones que afecten la enajenabilidad del inmueble. Erróneamente, el artículo incluye la valorización, que de acuerdo con su naturaleza y efectos debería inscribirse en la segunda columna, destinada a los gravámenes, o en la tercera como limitación o afectación del dominio.

La medida cautelar, acción o pretensión cautelar, es la providencia que adopta el juez respecto de personas, pruebas o bienes que pueden resultar afectados por la demora en las decisiones que se tomen dentro del juicio. Son decisiones provisionales tendientes a asegurar el cabal cumplimiento de las determinaciones que adopte el juez, es decir, garantizan la eficacia de los procesos y la ejecución del cumplimiento de las sentencias.

El profesor y tratadista López Blanco al hacer referencia a la naturaleza jurídica de la medida cautelar, señala que las medidas cautelares aseguran, dentro de lo posible, que quien recurre a la justicia podrá mantener durante el transcurso del proceso un estado de cosas similar al que existía cuando presentó su demanda y obtener un adecuado y pronto restablecimiento de los derechos que le han sido reconocidos. La medida cautelar tiene un carácter accesorio o instrumental y busca reafirmar el cumplimiento del derecho solicitado[1].

Según los artículos 31 y 18 del decreto-ley 1250 de 1970, la medida cautelar se comunicará al registrador por el juez que la decretó mediante oficio que debe individualizar el inmueble afectado con el número de matrícula inmobiliaria o los datos de registro del título antecedente y las personas contra las cuales se dicta, para facilitar la inscripción y evitar cualquier confusión. Al documento cuya inscripción se solicita debe anexarse copia auténtica o autenticada de este, en papel común con destino a la oficina de registro; el contenido

[1] Hernán Fabio López Blanco, *Instituciones de derecho procesal civil*, Parte general, t. I, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Dupre Editores, 1997, págs. 1023 a 1025.

puede reducirse a la parte resolutiva de la providencia, en la que se reproduce la constancia de inscripción.

157. El embargo de inmuebles

El embargo es un acto jurisdiccional dirigido a colocar un bien fuera del comercio jurídico, de tal forma que una vez practicado se logra la inmovilización del bien, por cuanto existe objeto ilícito en la enajenación o gravamen de lo embargado (C. C., art. 1521). El embargo de bienes sujetos a registro, entre ellos los inmuebles, se perfecciona con la inscripción del oficio que lo decreta en el folio de matrícula inmobiliaria. El de bienes no sujetos a registro se perfecciona mediante el secuestro, es decir, con su entrega a un depositario judicial o secuestre.

De acuerdo con el numeral 1 del artículo 681 del Código de Procedimiento Civil: "El embargo de bienes sujetos a registro se comunicará al respectivo registrador, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquellos pertenecieren al ejecutado lo inscribirá y expedirá a costa del solicitante un certificado sobre su situación jurídica en un período de veinte años, si fuere posible...". Luego añade: "Si algún bien no pertenece al ejecutado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y lo comunicará al juez; si lo registra, este de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del embargo".

Si la persona contra la cual se decretó la medida no es el actual propietario, el registrador debe abstenerse de registrarla. Conviene precisar que la expresión "pertenecieren al ejecutado" no siempre es aplicable porque existen causales de embargo que no tienen origen en un proceso ejecutivo, verbigracia los procesos de familia y los procesos declarativos civiles luego de haberse dictado sentencia favorable de primera instancia. También puede suceder —como en el proceso de divorcio— que la medida recaiga sobre los bienes del demandante. Por ello "el ejecutado" debe entenderse en sentido amplio como la persona en contra de la cual se decreta la medida.

La segunda parte del artículo 681 ordena perentoriamente al registrador el abstenerse de inscribir un embargo cuando el bien no pertenece a la persona contra la cual va dirigida la medida. Ahora bien, si el registrador erróneamente y contra la disposición comentada lo inscribe, el juez debe subsanar la falla decretando de oficio o a petición de parte la cancelación de la medida.

158. Embargos decretados en acciones personales

A pesar de que en materia procesal es más jurídico clasificar los procesos y las pretensiones, se optó por hacerlo con las acciones para facilitar la comprensión del registro de embargos. Para efectos de este estudio, las acciones

se clasifican en: a) personales; b) reales; c) de jurisdicción coactiva, y d) concordatarias.

Sin el ánimo de pretender agotar en la relación que se hace a continuación todas las acciones personales que prevé el decreto de embargos, conviene tener presente entre otros procesos y pretensiones los siguientes:

a. Los que se decretan en un proceso ordinario (C. de P. C., art. 690-8)

b. Los procesos ejecutivos con títulos quirografarios (arts. 488, 513-515 *ibidem*).

c. Los procesos ejecutivos por obligación de suscribir escritura pública que versa sobre derechos reales inmobiliarios (art. 501 *ibidem*).

d. Los procesos de sucesión (art. 579 *ibidem*).

e. En los procesos de alimentos donde existe una obligación legal del alimentante de suministrar alimentos al alimentario (decr. 2737 de 1989, arts. 153-154).

f. En los procesos de nulidad y divorcio del matrimonio civil, separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales (C. de P. C., art. 691).

g. En los procesos laborales donde el patrono debe salarios y prestaciones sociales al trabajador (art. 102 *ibidem*).

Los embargos decretados en las acciones personales relacionados en los literales anteriores se encuentran dentro del mismo rango o grado de importancia frente al registro de instrumentos públicos, salvo los originados en los procesos de nulidad y divorcio del matrimonio civil, separación de bienes y liquidación de la sociedad conyugal, que se estiman de menor identidad. Al no ser viable su concurrencia en un mismo folio de matrícula inmobiliaria, la inscripción en el registro del embargo que se radicó en primer término da lugar a que sean inadmitidos los que ingresen con posterioridad originados en acciones personales (C. de P. C., art. 558). En la nota devolutiva se indicará el juzgado, la clase de proceso y las partes, para que los acreedores que no obtuvieron la inscripción hagan valer sus derechos.

A) *Proceso civil ordinario*

Respecto a los bienes del demandado, cuando existe sentencia favorable de primera instancia. El numeral 8 del artículo 690 reza: "En los procesos ordinarios donde se solicite el pago de perjuicios provenientes de responsabilidad civil contractual o extracontractual, si el demandante hubiere obtenido sentencia favorable de primera instancia y esta fuera apelada o consultada, aquel podrá solicitar el embargo y secuestro de bienes de propiedad del demandado". De la norma citada se infiere que son requisitos para que proceda el embargo: a) Que se trate de cualquier proceso ordinario; b) Que la sentencia hubiera sido favorable al demandante; c) Que la sentencia imponga en la con-

dena el pago de perjuicios de responsabilidad contractual o extracontractual; d) Que la sentencia sea apelada o consultada, y e) Que el demandante solicite el embargo.

B) *Proceso civil con título quirografario*

De acuerdo con el artículo 488 del Código de Procedimiento Civil, pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante y constituyan plena prueba contra él. Los artículos 513 a 515 *ibidem* establecen el embargo y secuestro de los bienes del deudor, medidas que pueden adoptarse previamente al proceso o dentro del mismo.

C) *Proceso ejecutivo por obligación de suscribir documentos*

Si el hecho debido consiste en suscribir una escritura pública que implique transferencia del dominio de bienes sujetos a registro o la constitución de derechos reales sobre ellos, para que pueda dictarse mandamiento ejecutivo es necesario que el bien objeto de la escritura se haya embargado como medida previa y que se presente certificado que acredite la propiedad en cabeza del ejecutado (C. de P. C., art. 501).

D) *Proceso de sucesión*

A petición de cualquier persona que demuestre interés legítimo, el juez decretará el embargo y secuestro provisional de los bienes cuya propiedad esté sujeta a registro y que figuren en cabeza del causante, y solamente el embargo de los que pertenezcan al cónyuge sobreviviente y que formen parte del haber de la sociedad conyugal (C. de P. C., art. 579).

E) *Embargo en proceso de alimentos*

El decreto 2737 de 1989 o Código del Menor, en los artículos 153 y 154 consagra el embargo de salarios y prestaciones del alimentante o en su defecto el de bienes muebles e inmuebles. También establece una especie de acumulación de medidas cautelares en proceso de alimentos en los siguientes términos:

Artículo 153.—"2. Cuando no sea posible el embargo del salario y de las prestaciones sociales pero se demuestre el derecho de dominio sobre bienes muebles o inmuebles, o la titularidad sobre bienes o derechos patrimoniales de cualquier otra naturaleza, en cabeza del demandado, el juez podrá decretar el embargo de los inmuebles y el embargo o secuestro de los bienes muebles o de los otros derechos, en cantidad suficiente para garantizar el pago de la obligación y hasta el 50% de los frutos que ellos produzcan. Del embargo y secuestro quedarán excluidos los útiles e implementos de trabajo de la persona llamada a cumplir con la obligación alimentaria".

Artículo 154.—*Acumulación de procesos*: "Si los bienes de la persona obligada o sus ingresos se hallaren embargados por virtud de una acción anterior fundada en alimentos o afectos al cumplimiento de la sentencia de alimentos, el juez de oficio o a solicitud de parte, al tener conocimiento del hecho en un proceso concurrente, asumirá el conocimiento de los distintos procesos para el solo efecto de señalar la cuantía de las varias pensiones alimenticias, tomando en cuenta las condiciones del alimentante y las necesidades de los diferentes alimentarios".

Como puede apreciarse, hay una especie de acumulación o concurrencia de medidas cautelares en proceso de alimentos, que consiste en hacer efectivas simultáneamente las decretadas en dos procesos que cursen en la jurisdicción de familia o en esta y la civil ordinaria. Es una acumulación *sui generis* de procesos que asume el juez de familia con el objeto de señalar la cuantía de las pensiones alimenticias, sin que en conjunto excedan el 50% de los ingresos del alimentante[2].

F) *Embargo en procesos de nulidad o divorcio del matrimonio civil, de separación de bienes y liquidación de sociedades conyugales*

El artículo 691 del Código de Procedimiento Civil preceptúa:

"1. Cualquiera de las partes podrá pedir el embargo y secuestro de los bienes que puedan ser objeto de gananciales y que estuvieren en cabeza de la otra; si se trata de bienes sujetos a registro, el secuestro se practicará una vez inscrito el embargo y allegado el certificado de propiedad que comprende un período de 20 años si fuere posible.

"2. El embargo y secuestro practicados en estos procesos no impedirán perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en proceso de ejecución, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante que en aquello se dicte; con tal objeto se dará aplicación a lo dispuesto en el numeral 1 del artículo 558, y el remanente no embargado en otras ejecuciones y los bienes que en estos se desembarguen se considerarán embargados para los fines del proceso de matrimonio, divorcio o separación de bienes".

En los procesos dirigidos al rompimiento del vínculo matrimonial o al régimen patrimonial del matrimonio, el cónyuge que no figura como titular de los bienes de la sociedad conyugal puede solicitar el embargo y secuestro de estos, para evitar su enajenación. La medida cautelar se mantiene durante todo el proceso y dentro de los tres meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia que decrete la disolución de la sociedad conyugal, so pena que se proceda a levantar las medidas, aún de oficio.

Si el embargo inscrito tiene su origen en los procesos de nulidad y divorcio, de separación de cuerpos y de bienes o de liquidación de la sociedad

[2] JAIME AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil. Procesos ejecutivos*, t. IV, 7ª ed., Santa Fe de Bogotá, Edit. Temis, 1994, pág. 188.

conyugal, el numeral 2 del artículo 691 del Código de Procedimiento Civil establece que el embargo y secuestro practicados en estos procesos, antes de quedar en firme la sentencia favorable al demandante, no impide perfeccionar los que se decreten sobre los mismos bienes en procesos de ejecución. Corresponde al acreedor que pretende la inscripción del segundo embargo obtener la certificación del juzgado de familia en el sentido de no haberse dictado sentencia o que esta no se encuentra en firme para que el registrador proceda a la cancelación oficiosa del embargo inscrito y registre el que llegó con posterioridad, circunstancia que informará al juzgado de familia.

G) *Embargo en proceso laboral*

Consagrado en el artículo 102 del Código de Procedimiento Laboral en los siguientes términos:

"Artículo 102.—En el decreto de embargo o secuestro, el juez señalará la suma que ordene pagar, citará el documento que sirva de título ejecutivo y nombrará secuestre, si fuera el caso. Si en el decreto se comprenden bienes raíces, se comunicará la providencia inmediatamente al registrador de instrumentos públicos para los fines de los artículos 39 de la ley 57 de 1887 y 1008 del Código Judicial".

H) *Embargos y secuestros en acumulación de procesos ejecutivos*

De acuerdo con el artículo 541 del Código de Procedimiento Civil, se podrán acumular varios procesos ejecutivos, si tienen un demandado común y estuvieren notificados sus mandamientos, cuando se cumplen los requisitos del artículo 157, *ibidem*, o cuando quien solicita la acumulación pretenda perseguir total o parcialmente los mismos bienes del demandado. En tal caso, los embargos y secuestros practicados en los procesos acumulados surtirán efectos respecto a todos los acreedores.

159. Embargo decretado en proceso penal

A) *Acción civil en proceso penal*

Entre las fuentes de las obligaciones se encuentra el delito y el cuasidelito. En el primer caso, el hecho es ilícito y cometido con la intención de producir daño. En el segundo, el hecho es culpable pero cometido sin la intención de dañar. El embargo originado en acción civil tendiente a garantizar el pago de la indemnización de los perjuicios ocasionados por un delito o un cuasidelito, responde a la necesidad de garantizar a la víctima o a sus herederos el pago de los perjuicios ocasionados por el victimario o sujeto activo. Bajo esta interpretación, estamos frente a una acción personal y el embargo decretado en este tipo de proceso tendría un régimen similar a los demás de esta clase.

La obligación de reparar el daño ocasionado por quien comete un delito es una institución de orden público. Es deber del Estado procurar el restablecimiento de las condiciones existentes antes de la realización del hecho punible. La responsabilidad civil comprende el daño material, el daño moral y el daño moral objetivo.

La indemnización está dirigida a resarcir en su equivalente económico-patrimonial los perjuicios ocasionados por los delitos y las culpas. Es obligado a indemnizar el sujeto declarado penalmente responsable del hecho causante del daño y aquellos que se hubieren beneficiado del enriquecimiento ilícito. La obligación indemnizatoria prevalece sobre cualquiera otra que contraiga el responsable después de cometido el hecho[3].

La acción civil para el resarcimiento de daños y perjuicios causados por el hecho punible podrá ejercerse ante la jurisdicción civil, o dentro del proceso penal. La constitución como parte civil podrá intentarse en cualquier momento, a partir de la resolución de apertura de instrucción y hasta antes de que se profiera sentencia de segunda o única instancia.

La Superintendencia de Notariado y Registro considera que el embargo decretado en proceso penal en el caso comentado y en los demás en que se consagra esta figura en materia criminal, es de orden público. En consecuencia, una vez inscrito impide el registro de cualquier embargo en acción personal o real. Aun si se encuentra inscrito un embargo en acción real, concurren. Esta tesis la sustenta en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de febrero 27 de 1953, que en su parte pertinente expresa:

"El embargo que debe decretar el juez en lo penal y que se puede llamar de orden público, no es el común al que apelan los ciudadanos para salvaguardar los intereses privados; es el establecido por el Estado como garantía social y defensa de los altos intereses de la comunidad, es medio de asegurar el resarcimiento de los perjuicios a que el propio Estado aspira en beneficio de la víctima. Sabía el legislador que por lo general el delincuente no ahorra medios para sustraer sus bienes al cumplimiento de la obligación de indemnizar, y quiso evitar con el embargo ese peligro. Por eso, para que esta medida precautelativa cumpla el fin a que fue destinada —el hacer efectiva la sanción pecuniaria— debe estar rodeada de toda clase de garantías. Así, toda vez que se burle ese embargo de orden público, la ley ha de salir en su defensa para garantizarlo y hacerlo respetar. Burlarlo es un fraude a la ley, que la justicia debe sancionar".

Conviene precisar que en ninguna norma del Código Penal o del Código de Procedimiento Penal se concede prelación o se da la posibilidad de concurrencia a los embargos penales originados en acciones civiles. En lo que sí es reiterativo el anterior Código de Procedimiento Penal en los artículos 52 y 59, al igual que en los artículos 60 y 62 de la ley 600 del 2000, es en la facultad que tienen el juez y el fiscal para decretar el embargo y secuestro de los bienes de

[3] Pedro Alfonso Pavón Parra, *Manual de derecho penal*. Parte general y especial, 5ª ed., Bogotá, Grupo Editorial Leyer, 2000, págs. 235 y 236.

propiedad del sindicado y prohibir expresamente a este la enajenación de bienes sujetos a registro durante el año siguiente a su vinculación jurídica. Aparentemente los efectos del embargo y secuestro de bienes y la prohibición de enajenar son similares y una de esas medidas sería redundante.

Por otra parte, el artículo 542 de Código de Procedimiento Civil al consagrar la acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones, solo tuvo en cuenta los procesos civil, laboral y coactivo y omitió el penal. Bien podría pensarse que esta norma la aplique el fiscal o el juez penal cuando el bien de propiedad del sindicado o procesado está embargado por orden anterior del juez civil, para que le comunique a este último la existencia del embargo penal y reconozca el crédito a favor de la víctima del delito.

Con base en el artículo 250-1 de la Constitución, que establece como uno de los fines del Estado a través de la Fiscalía General de la Nación, "... tomar las medidas necesarias para hacer efectivo el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito", el ente rector del registro ha sustentado la concurrencia del embargo penal con embargos decretados en acciones personales o reales.

La Superintendencia de Notariado y Registro ha justificado la concurrencia —entre otras razones— en que los perjuicios ocasionados con el delito van en contra de la sociedad y del interés superior del Estado, el cual persigue el restablecimiento del derecho, siendo normas de origen público, mientras que con la acción instaurada con título hipotecario se vela por el interés privado de las partes. Con la concurrencia del embargo penal y el civil, se evita que al cancelarse este último el sindicado o procesado enajene o grave el bien[4].

Normas aplicables

Conforme al artículo 50 de la ley 600 del 2000, Código de Procedimiento Penal que empezará a regir el 24 de julio del año 2001, y al artículo 52 del decreto 2700 de 1991, la parte civil podrá denunciar bienes del procesado, solicitar su embargo y secuestro, e interponer los recursos que resuelvan sobre estas materias.

Por su parte los artículos 60 y 62 de la ley 600 —y los arts. 52 y 59 del decreto 2700—, se ocupan de las reglas que se aplican al embargo y secuestro de bienes y a una prohibición de enajenar los bienes del sindicado sujetos a registro dentro del proceso penal durante el año siguiente a su vinculación. El texto de los artículos se transcribe a continuación:

"Artículo 60.—*Embargo y secuestro de bienes.* Simultáneamente a la providencia en la que se imponga medida de aseguramiento o con posterioridad, el funcionario judicial decretará el embargo y secuestro de los bienes de propiedad del sindicado.

"En los eventos en que no haya lugar a resolver la situación jurídica, el funcionario judicial, con posterioridad a la vinculación, de oficio o a solicitud de la parte civil, ordenará el embargo y secuestro de bienes de propiedad del sindicado cuando obre en el proceso la prueba a que se refiere el artículo 356 de este código.

"El embargo y secuestro de los bienes se ordenará en cuantía suficiente para garantizar el pago de los perjuicios que se hubieren ocasionado, previa caución que se debe prestar de acuerdo al régimen establecido en el Código de Procedimiento Civil. Esta decisión se adoptará mediante providencia de sustanciación.

"Tanto la solicitud como la orden de decreto y práctica de las medidas cautelares reales tendrán tratamiento reservado hasta que sean practicadas y con ellas se abrirá cuaderno independiente de la actuación principal.

"El funcionario judicial, una vez decretado el embargo y el secuestro, designará secuestre y adelantará el trámite posterior conforme a las normas que regulan la materia en el Código de Procedimiento Civil.

"Cuando las medidas afecten un bien inmueble que esté ocupado o habitado por el sindicado, se dejará en su poder a título de depósito gratuito, con el compromiso de entregarlo a un secuestre o a quien el funcionario indique si se profiere sentencia condenatoria en su contra.

"La providencia que revoque las medidas cautelares es apelable en el efecto diferido.

"*Parágrafo.*—En los procesos en los que sean víctimas los menores de edad o los incapaces, el ministerio público podrá solicitar el embargo y secuestro de los bienes del sindicado en las mismas condiciones señaladas en este artículo, salvo la obligación de prestar caución".

"Artículo 62.—*Prohibición de enajenar.* El sindicado dentro del proceso penal no podrá enajenar bienes sujetos a registro durante el año siguiente a su vinculación, a menos que esté garantizada la indemnización de perjuicios o se hubiere producido pronunciamiento de fondo sobre su inocencia. Esta obligación deberá ser impuesta expresamente en la diligencia de indagatoria. Cualquier negociación que se haga sobre los bienes sin autorización del funcionario judicial, será nula y así se lo deberá decretar en la sentencia. No obstante en el curso del proceso, se podrá cancelar provisionalmente el registro del negocio jurídico.

"El funcionario judicial comunicará la prohibición a la oficina de registro correspondiente.

"Lo anterior, sin perjuicio de los negocios jurídicos realizados con anterioridad y que deban perfeccionarse en el transcurso del proceso y de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental.

[4] JUAN GUILLERMO VELÁSQUEZ, *Los procesos ejecutivos*, 10ª ed., Medellín, Señal Editora, 1998, págs. 434 a 436.

"Las direcciones seccionales de fiscalía, llevarán un registro de las personas a las cuales se las haya vinculado a una investigación penal. En todo caso el registro se cancelará al año siguiente de la vinculación al proceso. Para el efecto, el funcionario judicial que realice la vinculación o desvinculación una vez se encuentre ejecutoriada la decisión, lo informará dentro de los tres (3) días siguientes".

B) *Embargo en proceso penal que investiga títulos*

La concurrencia del embargo penal que tiene su origen en un proceso donde se investigan hechos punibles respecto a los títulos de propiedad o gravamen sobre bienes sujetos a registro, tampoco tiene norma expresa que lo consagre. La Superintendencia en reiterados conceptos ha definido la concurrencia de este embargo cuando previamente se encuentra inscrito otro en acción personal o real. Justifica su posición en algunos conceptos proferidos sobre el tema, entre otros por los siguientes argumentos:

a. Tratándose de delitos que se relacionen con la titulación (C. de P. C., art. 61), debe inscribirse el embargo ordenado por el fiscal o el juez penal para evitar cohonestar con el enriquecimiento ilícito e impedir que se frustren las justas aspiraciones de los perjudicados al momento de pretender recuperar sus intereses[5].

b. La prejudicialidad establecida en el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil dispone que el juez decretará la suspensión del proceso "... cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponde dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de este"[6].

Si se encuentra inscrito un embargo en acción personal o real, el embargo decretado por la fiscalía o un juez penal donde se investiga la presunta falsedad de los títulos de propiedad o gravamen de un inmueble, puede inscribirse sin que sea necesario la cancelación oficiosa del primeramente registrado. Ahora bien, si el embargo que se registra primero es el penal especial del artículo 66, los embargos que lleguen con posterioridad se rechazan. Lo anterior sin perjuicio de que se ordene la cancelación de los registros obtenidos fraudulentamente.

Norma aplicable

El artículo 66 de la ley 600 del 2000 —y el artículo 61 del decreto 2700 de 1991— prevé la cancelación de registros obtenidos fraudulentamente y el

[5] Superintendencia de Notariado y Registro, *Revista Infolios*, núms. 26, 27 y 28, Santa Fe de Bogotá, 1993, pág. 42.

[6] Superintendencia de Notariado y Registro, *Revista Infolios*, núms. 37 y 38, Santa Fe de Bogotá, 1998, págs. 181 a 183.

embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales en los siguientes términos:

"Artículo 66.—*Cancelación de registros obtenidos fraudulentamente*. En cualquier momento de la actuación, cuando aparezcan demostrados los elementos objetivos del tipo penal que dio lugar a la obtención de títulos de propiedad o de gravámenes sobre bienes sujetos a registro, el funcionario que esté conociendo el asunto ordenará la cancelación de los títulos y registros respectivos.

"También se ordenará la cancelación de la inscripción de títulos valores sujetos a esta formalidad y obtenidos fraudulentamente.

"Si estuviere acreditado que con base en las calidades jurídicas derivadas de los títulos cancelados se están adelantando procesos ante otras autoridades, el funcionario pondrá en conocimiento la decisión de cancelación, para que tomen las decisiones correspondientes.

"Las anteriores previsiones, sin perjuicio de los derechos de los terceros de buena fe, quienes podrán hacerlos valer en trámite incidental. El funcionario judicial ordenará, si fuere procedente, el embargo de los bienes, sin necesidad de requisitos especiales, por el tiempo que sea necesario".

C) *Embargo consagrado en el estatuto anticorrupción*

El embargo que se dicta en procesos penales donde se investiguen hechos relacionados con corrupción tiene el mismo régimen de concurrencia en el registro que el estudiado en este apartado, se diferencian en que si una vez comunicada la medida se encuentra en proceso un acto de disposición, limitación, gravamen o medida cautelar que afecte el mismo inmueble, se debe inscribir preferentemente el embargo decretado por el hecho punible de corrupción (ley 190 de 1995, art. 35). Es decir, constituye una excepción al principio de prioridad en el registro.

Norma aplicable

El artículo 35 de la ley 190 de 1995 o Estatuto Anticorrupción, preceptúa:

"Artículo 35.—En el evento de bienes cuya mutación de propiedad esté sujeta a cualquier modalidad de registro, respecto de los cuales se hubiere dispuesto su embargo o secuestro preventivos o se hubiere producido su decomiso, se dará aviso al funcionario competente, quien inscribirá la medida sin someterla a turno alguno ni cobro de cualquier derecho so pena de incurrir en causal de mala conducta.

"La orden de entrega definitiva de bienes a particulares será sometida al grado jurisdiccional de consulta y solo se cumplirá una vez la providencia dictada en él quede ejecutoriada".

160. Embargo ejecutivo hipotecario y la acción mixta

Si una vez inscrito un embargo en acción personal ingresa con posterioridad para ser registrado un embargo en proceso ejecutivo hipotecario, como no opera la concurrencia, la garantía real prima sobre la personal. De acuerdo con el artículo 558 del Código de Procedimiento Civil, el registrador de instrumentos públicos está facultado para cancelar oficiosamente la anotación del embargo con acción personal e inscribir el segundo que tiene como fundamento una acción real. De la cancelación de la inscripción se informará al juez que decretó la medida cautelar.

Conviene recordar que sobre un inmueble pueden constituirse dos o más hipotecas cuyo grado de preferencia lo determina el orden de la inscripción. Así las cosas, puede suceder que se encuentre inscrito un embargo decretado en proceso con acción real y que luego se radique otro, decretado también en proceso ejecutivo hipotecario. En la eventualidad descrita tampoco opera la concurrencia y la prevalencia la decide el grado de la hipoteca.

Si el embargo inscrito corresponde a una hipoteca de primer grado y llega con posterioridad un embargo de una hipoteca de grado diferente, permanece el embargo registrado y se rechazan los otros con garantía real. Pero si el embargo inscrito corresponde a una hipoteca de segundo grado y luego ingresa una medida cautelar similar de hipoteca de primer grado, es procedente la cancelación oficiosa de la inscripción del embargo de grado inferior para inscribir el de grado superior, situación que se informa al juzgado respectivo.

Si se encuentra inscrito un embargo decretado en proceso hipotecario y llega uno originado en una acción personal, este último se inadmite en razón de la primacía de la acción real sobre la personal.

En el numeral anterior se analizó el embargo en el proceso penal y se indicó que si este se encuentra registrado, no es viable inscribir el decretado en proceso hipotecario, por cuanto no es posible la cancelación oficiosa de aquel ni la concurrencia. Por otra parte, si el embargo hipotecario se encuentra inscrito y posteriormente ingresa el decretado en proceso penal, quedan inscritos los dos porque concurren, en razón de la doctrina reiterada de la Superintendencia.

El proceso mixto con título hipotecario procede cuando a juicio del acreedor el bien inmueble ofrecido como garantía real no satisface las obligaciones incumplidas por el deudor, de tal manera que fuera del predio hipotecado deben perseguirse otros pertenecientes al patrimonio del deudor y que hacen parte de la garantía personal. Decretado el embargo con acción mixta, conviene precisar como opera la prevalencia: a) El embargo decretado sobre el bien garantizado con hipoteca es de naturaleza real y prevalece sobre los personales; b) El embargo decretado sobre los demás bienes del deudor que no están hipotecados tiene el carácter de acción persona! y sigue las reglas que sobre el particular se explicaron.

Norma aplicable

En el capítulo VII del Código de Procedimiento Civil, dedicado a las disposiciones especiales para el ejecutivo con título hipotecario, se encuentra la prelación de embargos en el artículo 558. Dada su extensión solo se cita la parte que interesa a este estudio:

"En caso de concurrencia de embargos sobre un mismo bien se procederá así:

"1. El decretado con base en un título hipotecario o prendario sujeto a registro, se registrará aunque se halle vigente otro practicado en proceso ejecutivo seguido para el pago de un crédito sin garantía real sobre el mismo bien; este se cancelará con el registro de aquel. Por consiguiente, recibida la comunicación del nuevo embargo, simultáneamente con su registro, el registrador deberá cancelar el anterior, dando inmediatamente informe escrito de ello al juez que lo decretó, quien, en caso de haberse practicado el secuestro, remitirá al juzgado donde se adelanta el ejecutivo hipotecario o prendario copia de la diligencia para que tenga efecto en este y oficie al secuestre para darle cuenta de lo anterior...".

"2. Si para el cumplimiento de una obligación hipotecaria o prendaria se embargan tanto el bien objeto del gravamen como otros de propiedad del deudor, y a la vez en proceso ejecutivo para el cobro de una obligación de igual naturaleza se embarga el bien gravado, prevalecerá el embargo que corresponda al gravamen que primero se registró.

El demandante del proceso cuyo embargo se cancela, podrá hacer valer su derecho en el otro proceso".

161. Registro de embargos en procesos de jurisdicción coactiva

Las entidades públicas están facultadas para constreñir a los particulares al pago de una obligación fiscal mediante procesos de jurisdicción coactiva adelantados por los funcionarios respectivos investidos de esta potestad. De conformidad con el artículo 566 del Código de Procedimiento Civil, en estos casos está prohibida la acumulación de demandas y procesos con títulos distintos a los provenientes de alcances líquidos declarados por las contralorías, a las liquidaciones de impuestos y a las resoluciones ejecutoriadas en las cuales se impongan multas. Los títulos ejecutivos son señalados taxativamente en el artículo 562 *ibidem*. En los procesos de jurisdicción coactiva no es admisible la acumulación de demandas y procesos que no estén respaldados con títulos ejecutivos y presten mérito para el cobro de créditos fiscales.

En el registro inmobiliario pueden presentarse varias situaciones con respecto al embargo decretado en un proceso por jurisdicción coactiva. En primer lugar, si el folio de matrícula inmobiliaria tiene registrado un embargo

personal o real e ingresa un embargo coactivo que tiene su origen en el cobro del impuesto de renta y complementarios (E. T., art. 893-1) o que fue decretado por el municipio o distrito por incumplimiento del contribuyente en el pago de impuestos (ley 383 de 1997, art. 66), el embargo concurrirá con el que fue inscrito inicialmente, situación que debe informarse a los respectivos funcionarios que decretaron las medidas cautelares.

En segundo lugar, si existe un embargo inscrito e ingresa posteriormente otro en proceso de jurisdicción coactiva cuyo origen sea distinto a los descritos en el apartado anterior, verbigracia el decretado por la Contraloría en un proceso de responsabilidad fiscal de funcionario de manejo (ley 42 de 1993, art. 82); este no concurre y se devuelve sin registrar. El artículo 542 del Código de Procedimiento Civil, fija las reglas de la acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones: "Cuando en un proceso ejecutivo laboral o de jurisdicción coactiva se decrete el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente, sin necesidad de auto que lo ordene, al juez civil, por oficio en que se indicarán el nombre de las partes y los bienes de que se trate".

En tercer lugar, si se encuentra inscrito un embargo en jurisdicción coactiva y llega con posterioridad uno en acción personal o real, debe inadmitirse por cuanto previamente se encuentra inscrito el del fisco. Por último, si se encuentra inscrito un embargo en proceso penal y llega posteriormente uno de la DIAN, el decretado por el municipio o distrito concurre. Pero si el embargo de la jurisdicción coactiva es por otro concepto, se inadmite por estar registrado el penal.

Normas aplicables

Bajo el título "Ejecución para el cobro de deudas fiscales", los artículos 561 a 568 del Código de Procedimiento Civil establecen las pautas de los procesos de ejecución por jurisdicción coactiva. Interesa a nuestro estudio los artículos 565-566.

"Artículo 565.—*Embargos*. Si el deudor no denuncia bienes para el pago o los denunciados no fueren suficientes, el funcionario ejecutor solicitará toda clase de datos sobre los que aquel pertenezcan, y las entidades o personas a quienes se les soliciten deberán suministrarlos so pena de que se les impongan multas sucesivas de quinientos a cinco mil pesos, salvo que exista reserva legal.

"En caso de concurrencia de embargos, se aplicará lo dispuesto en el artículo 542".

"Artículo 566.—*Acumulación de demandas y procesos, y citación de acreedores hipotecarios*. En los procesos de jurisdicción coactiva no es admisible la acumulación de demandas y procesos con títulos distintos a los determinados en el artículo 562.

Si del respectivo certificado del registrador resulta que los bienes embargados están gravados, el funcionario ejecutor hará saber al acreedor la existencia del proceso.

El dinero que sobre del remate del bien hipotecado, se enviará al juez que adelante el proceso para el cobro del crédito con garantía real o se depositará a la orden de la entidad ejecutora para los fines indicados en el inciso anterior, a menos que el acreedor y el deudor convengan otra cosa mediante memorial presentado como se exige para las demandas".

A) *Embargo de jurisdicción coactiva de la DIAN para el cobro de impuestos de renta y complementarios*

El decreto 624 de 1989, adicionado por la ley 6ª de 1992, en el artículo 893-1 hace referencia al trámite de algunos embargos en los siguientes términos:

"1. El embargo de bienes sujetos a registro se comunicará a la oficina encargada del mismo, por oficio que contendrá los datos necesarios para el registro; si aquellos pertenecieren al ejecutado lo inscribirá y remitirá el certificado donde figure la inscripción, al funcionario de la administración de impuestos que ordenó el embargo.

"Si el bien no pertenece al ejecutado, el registrador se abstendrá de inscribir el embargo y así lo comunicará enviando la prueba correspondiente. Si lo registra, el funcionario que ordenó el embargo de oficio o a petición de parte ordenará la cancelación del mismo.

"Cuando sobre dichos bienes ya existiere otro embargo registrado, se inscribirá y comunicará a la administración de impuestos y al juzgado que haya ordenado el embargo anterior.

"En este caso, si el crédito que ordenó él embargo anterior es de grado inferior al del fisco, el funcionario de cobranzas continuará con el procedimiento de cobro, informando de ello al juez respectivo y si este lo solicita, pondrá a su disposición el remanente del remate. Si el crédito que originó el embargo anterior es de grado superior al del fisco, el funcionario de cobro se hará parte en al proceso ejecutivo y velará porque se garantice la deuda con el remanente del remate del bien embargado.

"Si del respectivo certificado de la oficina donde se encuentren registrados los bienes, resulta que los bienes embargados están gravados con prenda o hipoteca, el funcionario ejecutor hará saber al acreedor la existencia del cobro coactivo, mediante notificación personal o por correo para que pueda hacer valer su crédito ante juez competente.

"El dinero que sobre del remate del bien hipotecado se enviará al juez que solicite y que adelante el proceso para el cobro del crédito con garantía real."

"*Parágrafo 1º*.—Los embargos no contemplados en esta norma se tramitarán y perfeccionarán de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil.

"*Parágrafo 2°.*—Lo dispuesto en el numeral 1 de este artículo en lo relativo a la prelación de los embargos, será aplicable a todo tipo de embargo de bienes.

"*Parágrafo 3°.*—Las entidades bancarias, crediticias, financieras y las demás personas y entidades, a quienes se les comunique los embargos, que no den cumplimiento oportuno con las obligaciones impuestas por las normas, responderán solidariamente con el contribuyente por el pago de la obligación".

B) *Aplicación del estatuto tributario a los municipios y distritos*

La ley 383 de 1997 en su artículo 66 preceptúa: "Administración y control. Los municipios y distritos para efectos de las declaraciones tributarias y los procesos de fiscalización, liquidación oficial, imposición de sanciones, discusión y cobros relacionados con los impuestos administrados por ellos, aplicarán los procedimientos establecidos en el Estatuto Tributario para los impuestos del orden nacional".

Esta disposición extiende el régimen consagrado en el Estatuto Tributario a los procesos de jurisdicción coactiva de los municipios y distritos, de tal manera que la Superintendencia de Notariado y Registro por vía de conceptos ha interpretado que en estos casos también procede la concurrencia de embargos.

162. Registro de embargos decretados en el concordato y en la liquidación obligatoria

Los embargos decretados con ocasión del proceso concursal o de la liquidación obligatoria priman sobre los embargos decretados en ejecuciones hipotecarias y en las acciones personales. De conformidad con el artículo 98-7 de la ley 222 de 1995, la Superintendencia de Sociedades en la providencia que ordena la apertura del trámite concordatario deberá decretar el embargo de los bienes del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro y sean declarados en la relación de activos. Si aparece algún embargo registrado sobre tales bienes o derechos, será cancelado y de inmediato se inscribirá el ordenado por la Superintendencia de Sociedades y se informará a los funcionarios correspondientes.

El artículo 157-1 de la ley 222 de 1995, al referirse a la liquidación obligatoria establece que en la providencia de apertura del trámite se ordenará el embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes embargables del deudor, medida que prevalece sobre los embargos y secuestros decretados en otros procesos.

Bajo estas premisas, si se inscribe un embargo decretado por la Superintendencia de Sociedades que tiene su origen en un trámite concursal o de liquidación obligatoria y posteriormente ingresan otros decretados en procesos diferentes, procede su inadmisión. Si el inscrito es el decretado en acción personal o hipotecaria y llega luego el concordatario o el de liquidación obligatoria, el registrador debe cancelarlo oficiosamente y registrar el decretado por la Superintendencia de Sociedades, informando al juez respectivo.

Normas aplicables

La ley 222 de 1995 en los artículos 98-7, 99, 144, 145 y157 trae una serie de disposiciones relativas al embargo y secuestro de los bienes del deudor en los procesos concúrsales y en la liquidación obligatoria. Ellos son:

"Artículo 98.—*Contenido de la providencia de apertura.* La Superintendencia de Sociedades en la providencia que ordene la apertura del trámite del concordato deberá:

"...7. Decretar el embargo de los activos del deudor cuya enajenación esté sujeta a registro, declarados en la relación de activos, y librar de inmediato los oficios a las correspondientes oficinas para su inscripción. Si en ellas aparece algún embargo registrado sobre tales bienes o derechos, este será cancelado y de inmediato se inscribirá el ordenado por la Superintendencia de Sociedades y se dará aviso a los funcionarios correspondientes".

"Artículo 99.—*Preferencia del concordato.* A partir de la providencia de apertura y durante la ejecución del acuerdo, no podrá admitirse petición en igual sentido, ni proceso de ejecución singular o de restitución del inmueble donde desarrolle sus actividades la empresa deudora.

"La Superintendencia de Sociedades librará oficio a los jueces y funcionarios administrativos competentes para conocer de procesos judiciales o de cualquier procedimiento o actuación administrativa de carácter patrimonial contra el deudor, para que le informen la naturaleza y estado de la actuación, en la forma y con el detalle que ella indique.

"Tratándose de procesos ejecutivos o de ejecución coactiva, dentro de los tres días siguientes al recibo del oficio, el juez o funcionario ordenará remitir el expediente a la Superintendencia de Sociedades. Una vez ordenada la remisión, se procederá a efectuarla dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria del auto que la ordene.

"El juez o funcionario decretará de plano la nulidad de las actuaciones que se surtan en contravención a lo prescrito en el inciso anterior, por auto que no tendrá recurso alguno.

"El juez o funcionario que incumpla lo dispuesto en los incisos anteriores incurrirá en causal de mala conducta, salvo que pruebe causa justificativa.

"Los procesos, demandas ejecutivas y los de ejecución coactiva, se tendrán por incorporados al concordato y estarán sujetos a la suerte de aquel. Los créditos que en ellos se cobren se tendrán por presentados oportunamente, siempre y cuando tal incorporación se surta antes del traslado de créditos.

"Cuando se remita un proceso ejecutivo en el que no se hubieren decidido de manera definitiva las excepciones de mérito propuestas, estas se considerarán objeciones, y serán decididas como tales. Las pruebas recaudadas en el proceso remitido serán apreciadas en el trámite de la objeción".

"Artículo 157.—*Contenido*. En la providencia de apertura del trámite de liquidación obligatoria se ordenará:

"1. El embargo, secuestro y avalúo de todos los bienes embargables del deudor.

"Estas medidas prevalecerán sobre los embargos y secuestros que se hayan decretado y practicado en otros procesos en que se persigan bienes del deudor".

163. Acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones

El artículo 542 del Código de Procedimiento Civil preceptúa: "Cuando en un proceso ejecutivo laboral o de jurisdicción coactiva se decrete el embargo de bienes embargados en uno civil, la medida se comunicará inmediatamente, sin necesidad de auto que lo ordene, al juez civil, por oficio en el que se indicará el nombre de las partes y los bienes de que se trate.

"El proceso civil se adelantará hasta el remate de dichos bienes, pero antes de la entrega de su producto al ejecutante, se solicitará al juez laboral o fiscal la liquidación definitiva y en firme, debidamente especificada, del crédito que ante él se cobra y de las costas, y con base en ella, por medio de auto, se hará la distribución entre todos los acreedores, de acuerdo con la prelación establecida en la ley sustancial.

"... Cuando el embargo se haya practicado en el proceso laboral o fiscal, en el civil podrá pedirse el del remanente que pueda quedar en aquel y el de los bienes que se llegaran a desembargar".

Como el artículo 541-3 de manera imperativa señala que "... no son acumulables procesos ejecutivos seguidos ante jueces de distintas jurisdicciones", el artículo 542 prevé que con el producto de los bienes embargados en ejecutivo adelantado ante un juez civil sea cancelado, con la preferencia otorgada por la ley, el crédito cuyo pago se cobra por la jurisdicción coactiva o laboral.

La denominación "acumulación de embargos en procesos de diferentes jurisdicciones" no es acertada para identificar la figura, pues acumular es reunir en una sola actuación lo que se gestiona separadamente. Lo que realmente consagra el artículo 542 es la prelación de pago en obligaciones exigibles por diferentes jurisdicciones ante la imposibilidad de acumular los procesos por los diversos funcionarios a quienes se les atribuye y presentar su propio procedimiento. Además, el artículo establece el embargo de remanentes que también consagra el artículo 543 del Código de Procedimiento Civil bajo el título "Persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro", disposición que permite perseguir ejecutivamente en un proceso civil bienes embargados en otro proceso, de manera que cuando no se quiera o no se pueda promover la acumulación de ellos, podrá solicitarse el embargo de lo que por cualquier causa se llegue a desembargar y el remanente del producto de los embargos[7].

164. Prevalencia y concurrencia de embargos en el registro

En materia jurídica hay dos instituciones que a pesar de guardar cierta relación tienen regímenes diferentes: la prevalencia de créditos y la prevalencia de embargos. Prevalecer significa que una persona o cosa aventaja a otra. La coincidencia de este término en los créditos y embargos se presta a equívocos, hasta el punto que existen personas que pretenden aplicar las normas de la prevalencia de créditos —C. C., arts. 2488 y ss.— a los embargos, regulados por disposiciones dispersas en códigos y estatutos distintos. A manera de ejemplo, los artículos 542, 558, 566 y 691 del Código de Procedimiento Civil, el 98 y el 157 de la ley 222 de 1995, que introdujo reformas al Código de Comercio, el artículo 839 del Estatuto Tributario y el 60 del Código de Procedimiento Penal, etc.

Las reglas consagradas en los artículos 2488 y siguientes del Código Civil son de carácter sustantivo. Sirven al juez que conoce del incumplimiento de diferentes obligaciones pecuniarias de un deudor con respecto a un número plural de acreedores para definir el orden en que deben ser pagadas, de tal manera que si el patrimonio del deudor no es suficiente para cubrirlas todas, se limitará a cancelar aquellas cuyo estricto orden de prevalencia ha sido fijado en el estatuto civil.

Las normas que hacen referencia a la prevalencia de embargos son de naturaleza procesal. Sirven al juez y al registrador de instrumentos públicos para determinar, en el evento de que con respecto a un inmueble se decreten dos o más embargos que afecten a mismo titular del derecho de dominio, como proceder para dar cumplimiento al principio de que en el folio de matrícula inmobiliaria no puede estar vigente sino una inscripción de embargo que afecte al propietario o al titular de un derecho de cuota, principio que admite contadas excepciones.

En el registro de la propiedad la regla general es la prevalencia de embargos, la excepción es la concurrencia de embargos. La prevalencia está orientada a garantizar que solo exista un embargo en el folio de matrícula inmobiliaria, sin que necesariamente el criterio sea la persistencia de aquel que ingresó primero al registro, es decir, no siempre es aplicable el principio de prioridad, salvo que las medidas cautelares tengan su origen en una misma clase de acción. El criterio determinante es la naturaleza de la acción que originó la medida.

[7] Jaime Azula Camacho, *op. cit.*, pág. 184 a 187.

En el registro de instrumentos públicos la concurrencia de embargos es excepcional. En la concurrencia un inmueble y su titular pueden estar afectados por dos embargos, es decir, dos medidas cautelares pueden coexistir. Tal es el caso de inmuebles que tienen inscrito un embargo y posteriormente ingresa al registro otro decretado por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN por deudas originadas en el impuesto de renta y complementarios, o el decretado por los municipios o distritos por incumplimiento en el pago del impuesto predial unificado o de la contribución por valorización, o en materia penal cuando se investiga la validez de los títulos de propiedad de un inmueble.

Una vez el juez decreta el embargo de un inmueble lo comunica al registrador. Si este lo inscribe queda perfeccionada la medida cautelar, cuya principal consecuencia es que el bien sale del comercio jurídico.

Los embargos que no son inscritos por no proceder la concurrencia y los que son cancelados oficiosamente por el registrador por ingresar otro originado en una acción de mayor jerarquía respecto al registro; los acreedores de acuerdo con las normas procesales que le sean aplicables procederán a presentar sus créditos al juez que obtuvo la inscripción de la medida cautelar para que con base en las reglas del Código Civil (arts. 2488 a 2511) se paguen las obligaciones incumplidas hasta agotar el valor de los bienes del deudor que sirven de prenda general a los acreedores. La situación planteada es la acumulación de embargos en procesos de diferente jurisdicción (C. de P. C., art. 542).

Si no es viable la acumulación anterior, los acreedores pueden optar por el embargo de remanentes, procedente cuando se persiguen bienes embargados en otro proceso para que —en el evento de que sean desembargados o si su valor excede a la liquidación practicada en la ejecución adelantada—, no se levante la medida y continúe vigente por cuenta del juez que la solicita. Así las cosas, el juez que tiene el embargo inscrito ordena su cancelación pero advierte al registrador que la medida cautelar se mantiene vigente en otro proceso que adelanta funcionario judicial diferente. Esta figura la consagra el artículo 543 de Código de Procedimiento Civil bajo el título "Persecución en un proceso civil de bienes embargados en otro".

Capítulo XVI

FALSA TRADICIÓN

165. La falsa tradición

En la sexta columna del folio de matrícula inmobiliaria se inscriben los actos que corresponden a la mal llamada "falsa tradición" o pseudo tradición, inscripción que es a lugar cuando una persona que carece del dominio o del derecho que pretende disponer lo vende a otra persona. En razón del principio de que nadie puede transferir lo que no tiene, la inscripción que del contrato se efectúa en el registro no tiene la eficacia de traditar el derecho real.

En la sexta columna se inscriben cuatro actos, la venta de cosa ajena, la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio, la posesión inscrita cuando existe antecedente registral y las mejoras realizadas en el suelo ajeno que accedieron al registro antes de la instrucción administrativa número 15 de 1994, o los relacionados con la declaración de mejoras que se afectan a vivienda familiar o patrimonio de familia. Haremos referencia a los dos primeros por cuanto la posesión inscrita y las mejoras en terreno ajeno serán tratadas en otros apartados de este capítulo.

A) *Venta de cosa ajena*

La sexta columna sirve para dar publicidad a los actos y contratos en el inscritos y es medio de prueba. De acuerdo con el artículo 1871 del Código Civil, "... la venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso del tiempo".

Este artículo da validez a la venta de cosa ajena y pone a salvo los derechos del verdadero dueño, mientras no hayan sido extinguidos por prescripción. La falta de propiedad en el vendedor no es obstáculo para que el contrato de compraventa sea justo título; de tal manera que el comprador puede adquirir el dominio no por el modo tradición sino por la usucapión ordinaria.

El contrato de compraventa solo es fuente de obligaciones personales y no es necesaria la calidad de dueño del vendedor para que el título sea justo. El contrato no tiene la virtud suficiente para traditar el derecho de dominio. Para alcanzar ese objetivo debe realizarse el modo de la tradición, que en materia de bienes inmuebles se cumple con la inscripción del título translaticio de dominio en la oficina de registro. En el contrato de compraventa el vendedor

se obliga a efectuar la tradición del bien cuyo dominio enajena y el comprador no adquiere el dominio, sino un derecho de crédito para exigir del vendedor que le haga la tradición.

El artículo 1874 del Código Civil dice: "La venta de cosa ajena, ratificada después por el dueño, confiere al comprador los derechos de tal desde la fecha de la venta". Por su parte, el artículo 1875 *ibidem* enseña que: "Vendida o entregada a otro una cosa ajena, si el vendedor adquiere después el dominio de ella, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la tradición".

De la lectura de los artículos citados se infiere que si el verdadero dueño posteriormente conviene en la venta, al hacerlo confiere al comprador los derechos inherentes a la propiedad desde la fecha de la celebración del contrato. Si el vendedor adquiere con posterioridad al contrato el dominio de la cosa, se mirará al comprador como verdadero dueño desde la fecha de la entrega.

Con respecto a la tradición el artículo 752 del Código Civil preceptúa que "... si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición".

El artículo transcrito hace referencia a la pseudo tradición y acepta que si la entrega no puede cumplir con el cargo de transferir el derecho por no pertenecer al tradente, sí sirve para trasladar lo que este puede tener en relación con el derecho. Así por ejemplo, si el tradente solo tiene el derecho de usufructo, o la propiedad fiduciaria o es dueño de unas mejoras o tiene un derecho de cuota sobre el inmueble y enajena la totalidad, solo trasfiere el derecho que tiene sobre el inmueble.

Pero si el tradente no tiene ningún derecho real sobre el bien, coloca al adquirente en condiciones de servirse de la posesión que ejercía el vendedor, de tal manera que sumadas estas puede ejercer las acciones posesorias o invocar la prescripción adquisitiva con base en el artículo 753 del Código Civil.

B) *La transferencia del derecho incompleto o sin antecedente propio*

Esta nominación comprende la transferencia de derechos herenciales o de los derechos y acciones en la sucesión y los gananciales que vende el cónyuge supérstite antes de hacerse la partición de la herencia. El artículo 1857-2 del Código Civil preceptúa que la venta de una sucesión hereditaria no se reputa perfecta ante la ley mientras no se haya otorgado escritura pública.

Por su parte el artículo 1401-2 *ibidem* establece que "... si alguno de los coasignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena".

Para que proceda la inscripción de la venta de derechos y acciones o de derechos hereditarios en el registro, estos deben estar vinculados a un inmueble y citarse los datos de registro. En tal caso, el acto se anotará en la sexta columna del folio. Si se adquieren los derechos a título universal, estos no son inscribibles. La Corte Suprema de Justicia en sentencia de agosto 31 de 1933 expresó:

"El derecho de herencia es un derecho real sobre una universalidad de bienes con la expectativa de concretarse, mediante la partición, en el dominio de uno o más bienes que constituyen la comunidad universal llamada herencia. Así lo reconoce la jurisprudencia, en desarrollo de principios legales. Cedido este derecho, al concesionario le tocan los mismos derechos y obligaciones que al cedente, si aquel, con arreglo al artículo 1337 de C. C., interviene en la partición, en su favor se forma la hijuela correspondiente al derecho hereditario que adquirió. Mas si por no presentarse el cesionario, se hace esa hijuela a favor del cedente, ¿a quién pertenecen los bienes en ella comprendidos?".

En casación del 15 de diciembre de 1923 dijo que "Como una asignataria había vendido sus derechos a la sucesión nada tenía que se le adjudicara, y que si la adjudicación se hizo, ella redunda a favor de los dueños o compradores de los respectivos derechos, ya concretados en las especies asignadas. De tal suerte que si los compradores de los derechos no estuvieron en posesión, bien podrían reivindicar las cosas representativas de esos derechos de la vendedora y acaso de otro poseedor que derivara la posesión de la misma vendedora. Y ciertamente si por la cesación del derecho hereditario, el heredero se desprende de sus derechos en la sucesión, al verificarse la partición y adjudicarse en ella una hijuela al cedente y por no haber comparecido el cesionario, no se ve motivo para desconocer que la hijuela, en la cual se concretaron los derechos del cedente, consolida retroactivamente en el cesionario, esos derechos, una vez registrada. El efecto retroactivo de la tradición es muy de la índole de la legislación colombiana, como se advierte en los artículos 742, 743, 752, 767, 1874 y 1875"[1].

166. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y EFECTOS DE LA POSESIÓN

El artículo 762 del Código Civil define la posesión como "... la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño". Dos elementos componen la noción de posesión: el *corpus* y el *animus*. El primero hace visible y pública la posesión y se manifiesta a través de la tenencia por actos positivos de uso, goce y transformación de la cosa sobre la cual recae. Es el elemento material u objetivo. El artículo 981 *ibidem* cita como ejemplos de actos mate-

[1] ÓSCAR ALARCÓN NÚÑEZ, *Régimen de notariado y registro*, Bogotá, Superintendencia de Notariado y Registro, 1988, pág. 167.

riales los cerramientos, las construcciones, las sementeras, las plantaciones; el artículo 1º de la ley 200 de 1936 o Ley de Tierras añade la ocupación con ganados.

El *animus*, es el elemento intencional, subjetivo, que se manifiesta por medio de los actos materiales, es el ánimo de señor o dueño. El artículo 981 al hacer referencia a los actos materiales posesorios (*corpus*) exige que sean ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión, es decir, sin reconocer dominio ajeno.

PLANIOL define la posesión como "... un estado de hecho que consiste en tener una cosa de manera exclusiva y de ejecutar sobre ella los mismos actos de uso y de goce de propietario". Este concepto hace una separación entre la posesión que es un hecho y el derecho.

JOSSERAND define la posesión como "... el poder físico sobre una cosa" y así lo distingue del poder jurídico, que es el derecho. JOSÉ J. GÓMEZ, una vez que cita algunas definiciones, expresa que "... es la subordinación de hecho exclusiva, total o parcial de los bienes del hombre". Es la subordinación de hecho para diferenciarla del derecho. El derecho es la subordinación jurídica, la posesión es la subordinación material.

La subordinación es exclusiva porque no reconoce intromisión de nadie en ese poder de hecho. Y es total o parcial, condicionada al derecho que se tiene sobre la cosa; si se trata del domino será total, y si es un derecho limitado —como el usufructo— será parcial. En esta definición la subordinación de hecho contiene el *corpus* y la exclusividad el *animus*.

Con respecto a la naturaleza jurídica, se discute si la posesión es un hecho o un derecho. Nuestra legislación y doctrina la considera un hecho. Varios argumentos sirven al tratadista JOSÉ J. GÓMEZ para sustentar esta posición:

a. La ley no la incluye como derecho real.

b. Si se ensayara una definición de posesión como derecho real, coincidiría con la noción de propiedad o dominio.

c. No es admisible una convención en la que se transfiera solo la posesión, con la reserva de la propiedad, o en la que se transfiera la propiedad, reteniendo el tradente la posesión.

d. Si fuere un derecho, tendríamos un derecho sobre otro, con el mismo fin social y económico: la posesión y la propiedad, lo cual carece de lógica jurídica.

e. La posesión es un hecho protegido por el derecho a través de las acciones posesorias[2].

Entre los efectos que produce la posesión se encuentran:

a. El poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo (C. C., art. 762). Es una presunción legal que admite prueba en contrario. Esta

[2] JOSÉ J. GÓMEZ, *op. cit.*, págs. 337 a 344.

presunción protege a todo poseedor material regular, irregular, violento, clandestino, de buena o de mala fe.

b. La ocupación es efecto originario de la posesión (C. C., art. 685). La posesión condujo al hombre a apropiarse de las cosas.

c. Ningún tipo de prescripción adquisitiva podrá consumarse si no se posee la cosa que se pretende prescribir.

d. La posesión de inmuebles está protegida por los interdictos posesorios orientados a recuperar la posesión o librarla de perturbaciones.

e. El poseedor que va a adquirir el dominio por usucapión tiene por extensión la acción reivindicatoria o de dominio.

f. El poseedor de buena fe vencido no está obligado a restituir los frutos percibidos antes de ser notificada la demanda (art. 964)[3].

167. ADQUISICIÓN, PRUEBA, AGREGACIÓN Y PÉRDIDA DE LA POSESIÓN DE INMUEBLES

La posesión material de un inmueble se adquiere mediante la ocupación de la cosa, con ánimo de señor, es decir, cuando se configuran los dos elementos de la posesión. Se pierde desde el momento en que cualquiera de estos elementos desaparece. Para adquirir la posesión de un inmueble se requiere ser capaz; los relativamente incapaces no pueden adquirirla por sí mismos, pero pueden por medio de sus representantes legales. De acuerdo con los artículos 781 y 782 del Código Civil, la posesión puede adquirirse por sí mismo o por mandatario debidamente constituido, o por medio de representante legal.

La posesión se adquiere por los mismos medios o modos como se adquieren los derechos patrimoniales. Bajo esta perspectiva la posesión puede ser originaria o derivativa. La adquisición originaria o por acto unilateral se lleva a efecto cuando el adquirente toma la posesión sin el consentimiento del poseedor anterior, tal es el caso de quien usurpa un predio ajeno.

La adquisición de la posesión es derivativa en los casos que la posesión del adquirente se fundamenta en la posesión de un poseedor anterior, es decir, se presenta una sucesión jurídica que puede ser *intervivos* o *mortis causa*. En el primer caso puede suceder que el adquiriente haga suya una posesión de la cual carecía el transmitente, como en el caso del mero tenedor que usurpa el inmueble y lo enajena a su propio nombre (art. 791). También puede ocurrir que el adquiriente mejore la posesión de su antecesor, como cuando el segundo poseedor irregular adquiere con justo título y buena fe, convirtiéndose en poseedor regular. La adquisición de la posesión por causa de muerte se presenta cuando al fallecer el causante el heredero adquiere la posesión de los bienes que aquel poseía (C. C., arts. 757, 783, 1013).

[3] *Ibid.*, págs. 353 a 356.

La posesión regular de un inmueble se prueba con el título inscrito; y mientras la inscripción subsista no es viable la prueba de otra posesión regular sobre el mismo inmueble. La posesión material de un inmueble se prueba con hechos positivos de aquellos que solo da derecho el dominio, como el corte de maderas, la construcción de edificios, los cerramientos, plantaciones, sementeras y otros de igual significación, ejecutados sin el consentimiento del que disputa la posesión (C. C., art. 981).

La posesión material de inmuebles rurales se prueba demostrando explotación económica del suelo por medio de hechos positivos de señor y dueño, como las plantaciones, sementeras, la ocupación con ganado y otros de igual significación (ley 200 de 1936, art. 1º).

En principio la posesión no se transmite ni se transfiere. El artículo 778 preceptúa: "Sea que se suceda a título universal o singular, la posesión del sucesor principia en él. A menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se le apropia con sus calidades y vicios". Pero no todo poseedor puede agregar posesiones anteriores si versan sobre inmuebles, solo quien posee un título o escritura pública que compruebe la existencia de un derecho. Además, la transferencia del derecho real inmobiliario requiere de la inscripción de la escritura en la oficina de registro.

La posesión termina cuando cesa el poder de hecho sobre el inmueble poseído[4].

168. LA POSESIÓN INSCRITA O TABULAR

Don ANDRÉS BELLO fue encargado por el gobierno de Chile para que redactara el Código Civil. En esta tarea tuvo como fuente el Código Civil francés de 1804 y preparó varios proyectos de código. En la última versión, influido por el Código austríaco de 1811, concibió la institución del registro conservador no solo como requisito para la transferencia del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles y como mecanismo que sirviera para publicitar las mutaciones, sino que también le confirió funciones para conservar y probar la posesión, de tal manera que su transferencia y cancelación operara en el registro.

Motivó al autor de la codificación chilena crear un sistema de organización técnica y eficaz de los bienes raíces. Partió del supuesto de que la posesión inscrita debía prevalecer sobre la material para lograr la inscripción de todas las propiedades inmuebles del país, por las ventajas que ofrecía, en especial por impedir al poseedor material adquirir el dominio por prescripción. Al prever que la simple inscripción neutralizaba los efectos de la posesión material, los inmuebles que no se inscribían quedaban sometidos a los efectos de la posesión

[4] ARTURO VALENCIA ZEA, *op. cit.*, págs. 78 a 92.

material, la prescripción extraordinaria y los interdictos posesorios. Pero el objetivo de obtener la rápida inscripción de todos los inmuebles no se logró. El experimento en Austria y en España —que también adoptaron el sistema de la posesión inscrita y tabular— tampoco funciono, y con el tiempo fue abolida de esas legislaciones.

El Código Civil chileno fue adoptado por el Estado Soberano de Cundinamarca en 1859. Conviene recordar que el registro en Colombia se estableció en 1779 con base en la *Pragmática Real* de Carlos III de 1768. Pero fue en la Nueva República, a partir de la ley de 11 de octubre de 1821, que ordenó censar los fundos y matricularlos en el registro público, cuando se consolidó la institución. Esta ley ordenó a los propietarios de bienes raíces inscribir los títulos de sus inmuebles en un término perentorio, bajo sanción de perderlos al no ser oponibles sus títulos a la república. Admitió para facilitar la tarea de inscripción que se presentara cualquier título traslaticio de dominio. Un número significativo de predios se inscribieron oportunamente y el registro se fue consolidando poco a poco al ser dictadas las leyes de 1825, 1826 y 1844.

En este orden de ideas, al entrar a regir el Código Civil colombiano, primero en el Estado de Cundinamarca, luego para la Unión en 1873 y posteriormente con la ley 57 de 1887, que acogió el Código Civil de la Nación, la institución del registro tenía un buen número de inmuebles privados inscritos, de tal forma que las bondades que se pretendían con la posesión inscrita, en especial lograr en el menor tiempo posible la inscripción de los predios carecía de importancia.

169. ARTÍCULOS QUE CONSAGRAN LA POSESIÓN INSCRITA

Los artículos 759, 785, 789, 790, 791, 980 y 2526 del Código Civil hacen referencia a la posesión inscrita. El artículo 759 establece que los títulos traslaticios que deben registrase, "... no darán o transferirán la posesión efectiva" sino mediante la inscripción en el registro. El artículo 785 determina que "... si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio". Estos preceptos niegan la existencia de la posesión material, o por lo menos condicionan la adquisición de la posesión a la inscripción.

El inciso 1º del artículo 789 preceptúa que la posesión inscrita cesa en virtud de: a) La cancelación del registro por voluntad de las partes; b) Por una nueva inscripción en la que el poseedor inscrito transfiere su derecho, o c) Por decreto judicial. Conviene tener presente que en la vida real la posesión no depende de la inscripción; el registro de una escritura de compraventa, por ejemplo, no da la posesión material al comprador. Basta con tener en cuenta que la posesión material sin inscripción alguna durante un año confiere al poseedor —entre otras prerrogativas— la acción posesoria para defenderla de los

ataques de terceros, y durante cinco o veinte años, la acción de pertenencia para ser declarado dueño por prescripción.

El inciso 2º del artículo 789 *ibidem* establece que "... mientras subsiste la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el titulo inscrito no adquiere la posesión de ella ni pone fin a la posesión existente". Con este artículo se estimuló la inscripción de la propiedad inmobiliaria, pero también se provocaba la inacción del propietario en el ejercicio de los actos de señor y dueño y se impedía cualquier posibilidad al poseedor material, quien quedaba desamparado al no poder intentar acciones de protección a la posesión ni la declaratoria de pertenencia. Empero, en la práctica los terceros siempre han tenido la posesión material de los fundos contra los titulares inscritos y han ejercido las acciones. Así las cosas, lo consagrado no trascendía y solo era letra muerta.

Mientras que el artículo 789 se refiere a los bienes inscritos y dispone que si alguien se apodera de ellos no adquiere la posesión, el artículo 790 se aplica a los inmuebles no inscritos y consagra lo contrario, que si se adquiere la posesión. Como se explicó, la idea de ANDRÉS BELLO era que sobre los inmuebles no inscritos si operara la posesión material y quien la ostentaba tuviera los interdictos y la posibilidad de adquirirlos por prescripción.

El artículo 791 prevé que si el mero tenedor de un inmueble inscrito lo usurpa, al declararse dueño o poseedor no adquiere la posesión, pero si lo enajena a su nombre, el sucesor lo adquiere en virtud de la inscripción. Esta norma contradice el artículo 2531 del Código Civil, que admite la usucapión extraordinaria a favor de quien ha recibido la cosa a título precario, y al artículo 777 que dispone que el simple transcurso del tiempo no muda la mera tenencia en posesión y prevé que si además del tiempo concurre el desconocimiento del derecho del dueño y este desconocimiento reviste actos materiales de señor y dueño, si se muda la mera tenencia en posesión.

El artículo 980 del Código Civil tiene su origen en el Código austríaco. Presenta la inscripción como prueba invulnerable de posesión, siempre que desde su fecha haya transcurrido un año completo. Así las cosas, ningún valor tendría la posesión material. El poseedor inscrito podría recuperar siempre el inmueble con las acciones posesorias, mientras que el poseedor material jamás podría ejercerla.

De acuerdo con el artículo 2526 del Código Civil, el dominio de los inmuebles cuyos títulos están inscritos no puede adquirirse sino por medio de la prescripción ordinaria. De tal manera que los inmuebles inscritos no podían adquirirse por la prescripción extraordinaria. Esta norma no tuvo aplicación pues los jueces declaraban la prescripción extraordinaria de bienes inmuebles contra el propietario que tenía titulo inscrito[5].

[5] Jurisprudencia Corte Suprema de Justicia, 27 de abril de 1955. *Gaceta Judicial*, t. LXXX, núm. 2153., págs. 87 y ss.

170. PREVALENCIA DE LA POSESIÓN MATERIAL

La Corte Suprema de Justicia en casación de 24 de julio de 1937 declaró que la ley 200 de 1936, "... ha solucionado el conflicto doctrinario entre la teoría de las posesiones inscrita y material sobre bienes raíces rurales en el sentido de la prevalencia de esta última". La Ley de Tierras en su artículo primero consagró la ocupación como modo de adquirir los baldíos y por ende negó la posesión inscrita.

La reversión a favor de la nación, establecida en el artículo 6º, es la sanción al propietario que deja de poseer la tierra materialmente con la explotación económica. El artículo 12 consagra una usucapión especial de la tierra basada en cinco años de explotación económica, es decir, exige una posesión material cualificada. El artículo 19 consagra los interdictos a los poseedores que adelantan la explotación.

Pero la sentencia definitiva que cerró el camino a la posesión inscrita fue la que produjo la Corte Suprema de Justicia el 27 de abril de 1955. En ella el máximo tribunal concluyó:

"1ª. La Corte reitera la jurisprudencia contenida en la sentencia de casación de 24 de julio de 1937 (XLV, 329), complementándola en el sentido de que entre la posesión material y la llamada inscrita, no hay conflicto doctrinario, en razón de la prevalencia de la primera, trátese de fundos rurales o de inmuebles urbanos.

"2ª. Por tanto, sobre las disposiciones analizadas del C. C., tendientes a atribuir al registro de los títulos de la propiedad raíz, una función posesoria, prevalecen los textos relativos a la posesión que el C. C. no califica, o sea, la material, la única verdadera posesión.

"3ª. No existe, por lo mismo, en la legislación colombiana una posesión que consista en la inscripción de los títulos de los derechos reales inmuebles en el Registro Público, porque, como lo ha consagrado la jurisprudencia nacional que este fallo acoge y compendia, la inscripción de los títulos carece de contenido y alcance posesorios.

"4ª. La inscripción de los títulos en el Registro Público, cumple los objetivos de transferir los derechos reales inmuebles, publicar las mutaciones del dominio y probar la titularidad de los mismos derechos, aparte de la seguridad que se desprende de la circunstancia de que del mismo instrumento quede testimonio auténtico en dos oficinas públicas diferentes.

"Esta última conclusión está de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte, según la cual, en caso de ventas separadas de una misma cosa a varias personas, a que se refiere el artículo 1873 del C. C., se prefiere, en tratándose de inmuebles, al comprador que primeramente haya registrado su título, y en cuanto a muebles, a quien primero se haya entregado materialmente la cosa, esto es, a quien por la prioridad de la inscripción o de la entrega material, pasa a ser propietario".

171. La posesión frente al registro inmobiliario

Conviene precisar que una cosa es el registro del hecho de la posesión y otra muy distinta la inscripción de actos a través de los cuales se pretende transferir la posesión. La pretensión de inscribir el hecho material de la posesión alegando haber poseído un inmueble durante cierto tiempo, sin citar el acto o negocio jurídico del cual se deriva su posesión, o la de quien pretende mediante escritura pública transferir la posesión que no tiene antecedente en el registro, no obtendrá la inscripción por la naturaleza jurídica de la posesión.

Bien sabido es que la posesión es un hecho y como tal no es registrable de acuerdo con el sentido y alcance del artículo 2º del decreto-ley 1250 de 1970, de cuya lectura se infiere que solo son registrables los actos contenidos en instrumentos públicos que afecten los derechos reales inmobiliarios. Esta regla debe complementarse con el artículo 7º *ibidem*, que permite el registro de títulos de mera tenencia que versen sobre inmuebles constituidos por escritura pública o decisión judicial.

El precitado artículo 7º establece que la sexta columna del folio de matrícula inmobiliaria se utiliza, "... para la inscripción de títulos que conlleven la llamada falsa tradición, tales como la enajenación de cosa ajena o la transferencia de derecho incompleto o sin antecedente propio". Los presupuestos de la norma no sirven de fundamento para inscribir la posesión, pero si para inscribir los actos que pretendan vender un inmueble ajeno, o vender la totalidad o parte de él cuando se tiene un simple derecho de cuota o vender los derechos y acciones que puedan corresponder a una sucesión vinculada a un inmueble.

En este orden de ideas, al celebrar un negocio jurídico sujeto a registro como los indicados en el párrafo anterior, no es extraño que el adquirente entre en posesión del bien porque así lo acordaron las partes, pero lo que no es registrable es "la venta de la posesión", en razón de ser un hecho y no un derecho real.

Como en el sistema de registro que regía antes del decreto-ley 1250 de 1970 era posible registrar escrituras relativas a la posesión, si con respecto a determinado inmueble se encuentran esos antecedentes en el registro, los actos posteriores que se realicen son registrables en la sexta columna del folio de matrícula.

En el evento que un notario autorice una escritura contentiva de negocio jurídico sobre la posesión, debe advertir a los otorgantes que tales actos no se encuentran sujetos a registro, a menos que tenga antecedentes registrados. La Superintendencia de Notariado y Registro a través de la circular 041 de 1983 impartió instrucciones en este sentido.

172. Inmuebles por adherencia

Los inmuebles por adherencia, el modo de adquirir por accesión y el derecho de superficie, son conceptos del derecho civil —bienes— fundamentales para entender la noción de las mejoras y su régimen jurídico frente al registro. De la clasificación tradicional de los bienes inmuebles, nos interesan en el presente estudio dos categorías: los inmuebles por naturaleza y los inmuebles por adherencia.

Inmuebles por naturaleza son aquellos que no pueden transportarse de un lugar a otro sin dejar de ser lo que son; la definición comprende la tierra, las aguas y las minas (C. C., art. 656). A su vez, la tierra incluye tres elementos: el suelo, el subsuelo y el aire o espacio aéreo. Este último está delimitado por las perpendiculares que parten del suelo y se extienden indefinidamente hacia el firmamento.

Con respecto al elemento tierra conviene recordar que el propietario del suelo lo es del subsuelo y del aire, y cuando transfiere el dominio de un predio lo hace con sus tres elementos, salvo que se reserve alguno de ellos. Así mismo, si decide vender uno de los tres elementos reservándose alguno o algunos, debe hacerlo por escritura pública porque el objeto del negocio jurídico es un bien inmueble.

Los inmuebles por adherencia son definidos en el artículo 656 del Código Civil como aquellos bienes muebles que están adheridos permanentemente a un inmueble, como los edificios y los árboles. Se entiende por edificio toda construcción hecha por el hombre, sin importar su forma o dimensión, que se adhiere permanentemente al suelo, verbigracia las casas, puentes, diques, vías férreas y en general las obras de ingeniería y arquitectura. Por árboles se entiende todo lo que produce el suelo, como las plantas, sementeras y los árboles propiamente dichos.

En cuanto a los requisitos para que un mueble por naturaleza sea considerado como inmueble por adherencia, conviene recordar que se exige incorporación material y permanencia, pero no es necesaria la identidad de señorío, es decir, no se condiciona a que el dueño del suelo sea el dueño de los materiales que se adhieren permanentemente al suelo[6].

173. Accesión mueble a inmueble

De acuerdo con el artículo 713 del Código Civil, la accesión es un modo de adquirir por el cual el dueño de una cosa pasa a serlo de lo que ella produce o de lo que se junta a ella. De las distintas clases de accesión conviene dete-

[6] Jorge Angarita Gómez, *Derecho civil. Bienes*, t. II, Bogotá, Edit. Temis, 1980, págs. 33 a 35.

nernos en la accesión mueble a inmueble o accesión industrial inmobiliaria, consagrada en los artículos 738 y 739 del Código Civil. La primera disposición prevé el caso del propietario de un inmueble que con materiales o semillas ajenas construye o siembra en suelo propio y determina que este se hace dueño de lo construido o sembrado pagando al dueño de los materiales su justo precio u otro tanto de la misma naturaleza. Si no hubo justa causa de error, debe resarcir los perjuicios.

De especial interés en el estudio del registro de mejoras es el artículo que se transcribe a continuación:

"Artículo 739. El dueño del terreno en que otra persona, sin su conocimiento, hubiere edificado, plantado o sembrado, tendrá derecho de hacer suyo el edificio, plantación o sementera, mediante las indemnizaciones prescritas a favor de los poseedores de buena o mala fe en el título de la reivindicación, o de obligar al que edificó o plantó a pagarle el justo precio del terreno con los intereses legales por todo el tiempo que lo haya tenido en su poder, y al que sembró a pagarle la renta y a indemnizarle los perjuicios.

Si se ha edificado, plantado o sembrado a ciencia y paciencia del dueño del terreno, será este obligado, para recobrarlo, a pagar el valor del edificio, plantación o sementera".

La accesión es un modo originario de adquirir el dominio, de tal manera que el dominio de lo construido o plantado lo adquiere el dueño del terreno por el hecho mismo de la accesión, sin que sea necesaria la transferencia del dominio a persona distinta, llámese constructor, cultivador o mejorista. Si una persona construye o siembra en suelo extraño, el dueño de la finca pasa a serlo de lo que se junta a ella. El edificio o la sementera es lo accesorio, el suelo es lo principal.

Independientemente de la buena o mala fe del constructor o cultivador, pierde el dominio de los materiales mediante indemnización fundamentada en el principio de que nadie puede enriquecerse sin justa causa. Salvo que el dueño del terreno prefiera obligarlo a pagar el justo precio del inmueble por naturaleza con los intereses legales por todo el tiempo que lo tuvo en su poder. Si la edificación se hizo con el conocimiento del dueño del terreno, para que este pueda recobrarlo debe pagar el valor del edificio.

El dueño del terreno tiene dos acciones para recuperar el terreno. Si ha perdido la posesión de la cosa, tiene acción reivindicatoria para obtener que el mejorista poseedor le restituya el suelo y el edificio, previo el pago de las prestaciones mutuas. Si no perdió la posesión del inmueble, tiene la acción de recobro si el mejorista reconoce el dominio ajeno.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de octubre de 1987, sintetizó los derechos y obligaciones entre el dueño del suelo y el constructor con base en el artículo 739 del Código Civil en los siguientes términos:

"Por consiguiente, la nombrada regla material sanciona derechos y obligaciones así: 1) El dueño del suelo adquiere el dominio de lo que con su conocimiento se incorpora en lo suyo. 2) El constructor, sembrador o plantador, tiene derecho a que aquel le pague el valor de lo que construyó, sembró o plantó. 3) Este tiene, si es el caso desde luego, derecho de retención del suelo en garantía de su crédito. 4) El propietario del suelo, está obligado a pagar lo que adquirió independientemente de que necesite recobrar el suelo, derecho de recobro que igualmente la norma le reconoce si lo requiere..."[7].

174. Derecho de superficie

El derecho real de superficie consiste en la propiedad que a una persona corresponde sobre una construcción levantada en suelo ajeno. El concepto de superficie supone dos derechos yuxtapuestos sobre un mismo inmueble, uno sobre el suelo y otro sobre la construcción. El derecho real de superficie consiste en la facultad que otorga el propietario del terreno a una persona para hacer y mantener una construcción sobre su fundo, figura que entraña dos derechos reales coexistentes: el de propiedad, que recae sobre el suelo, y el de superficie, que recae sobre la edificación.

El doctor Arturo Valencia Zea considera que de acuerdo con el artículo 739 del Código Civil, el numeral 1 se aplica a la accesión en relación con las edificaciones levantadas en suelo ajeno sin conocimiento del dueño del suelo, y el numeral 2 se aplica a las reglas del derecho de superficie, cuando la construcción se hace con conocimiento o autorización del dueño[8].

Para el doctor Jorge Angarita Gómez es un derecho real principal[9], mientras que el doctor Pedro Alejo Cañón considera que el derecho de superficie es un derecho real no enumerado en forma taxativa[10]. Luis Guillermo Velásquez, opina que en nuestra legislación el derecho de superficie no es un derecho real sino un derecho personal o de crédito[11].

La Corte Suprema de Justicia al interpretar el artículo 739 del Código Civil se ha inclinado por reconocer la accesión como modo de adquirir, en contraposición a la existencia del derecho real de superficie. En dos jurisprudencias emitidas en 1958 reconoció la existencia de este derecho en una de

[7] Superintendencia de Notariado y Registro. Ministerio de Justicia, *Código Civil Colombiano*, edición dspecial del centenario, 1987, pág. 265.

[8] Arturo Valencia Zea, *op. cit.*, págs. 4, 6, 349.

[9] Jorge Angarita Gómez, *op. cit.*, págs. 16 y 130.

[10] Pedro Alejo Cañón Ramírez, *Bienes. Derechos reales*, Bogotá, Edit. ABC, 1984, pág. 24.

[11] Luis Guillermo Velásquez Jaramillo, *Bienes*, 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 1989, pág. 49.

ellas y en la otra concluyó que no era un derecho estable y definitivo, en los siguientes términos:

"Es verdad que el Código Civil no enumera el derecho real de superficie entre los derechos reales, pero debe tenerse en cuenta que en nuestra legislación la enumeración de los derechos reales no es limitativa, sino que al lado de esos derechos reales pueden encontrarse, como de hecho se encuentran, otras situaciones jurídicas que obedecen al concepto de derechos reales" (sent., 11 marzo 1958).

"La segunda hipótesis del artículo 739, supone necesariamente un contrato expreso o tácito, entre el dueño del terreno y el dueño de las mejoras.

"Aquí cabe entonces preguntar ¿qué situación jurídica se sigue antes de que el dueño del terreno resuelva recobrar la tenencia del suelo y la propiedad de las mejoras?

"No otra sino la de que, en relación con el inmueble mejorado una persona es dueña del terreno, o sea, de la superficie del inmueble mejorado; otra distinta, es la propietaria de las mejoras sembradas o plantadas sobre la superficie. ¿Constituye esta situación jurídica un derecho real de superficie?

"El derecho real de superficie supone necesariamente dos derechos reales de propiedad en cabeza de titulares diferentes. Pero la legislación positiva colombiana no ha reglamentado el derecho real de superficie, como derecho real definitivo y estable, como sucede en otras legislaciones de que son ejemplo la alemana y la suiza. El párrafo segundo del 739 contempla simplemente una situación jurídica provisional que es necesario liquidar en algún momento.

"Se observa que el segundo párrafo del artículo 739 le otorga un derecho de preferencia al dueño del terreno para liquidar a su favor la situación jurídica de que se acaba de hablar.

"En efecto, no otra cosa se deduce de los principios del glosado párrafo segundo del artículo 739, que dice que el dueño del terreno será obligado a pagar el valor del edificio, plantación o sementera, si quiere recobrarlo. De manera que en tratándose de liquidación de tal situación jurídica, debe previamente pagar el valor de las mejoras al dueño de las mismas. En resumen: el mejorador no puede ser desposeído hasta que medie la liquidación de que se habla mediante el pago de las mejoras" (sent., 28 agosto 1958)[12].

El hecho de que el derecho de superficie no se encuentre consagrado expresamente y regulado su contenido y alcance, explica el porqué la doctrina no es uniforme en cuanto a su reconocimiento. Máxime si se tiene en cuenta que Colombia en materia de derechos reales adopta el sistema *numerus clausus*, en virtud del cual los particulares no pueden crear derechos reales. De acuerdo con esta interpretación, los derechos reales son los que están taxativamente enumerados en la ley.

[12] Superintendencia de Notariado y Registro. Ministerio de Justicia, *Código Civil colombiano*, *op. cit.*, págs. 226, 262 y 263.

175. Posición de la Superintendencia frente al registro de mejoras

Para efectos de establecer si las mejoras son o no registrables, la Superintendencia las ha clasificado en mejoras en terreno: a) propio; b) ajeno, y c) baldío. A través de varias circulares e instrucciones administrativas ha sentado su posición frente al registro de las mejoras, cuyos contenidos pueden sintetizarse así:

A) *Circular 30 de 1981*

Estableció que para obtener el registro de mejoras levantadas en terreno propio, ajeno o en terrenos de la nación, existían dos procedimientos: que el interesado compareciera ante notario y elevara a escritura pública las declaraciones de construcción; una vez perfeccionado el instrumento, se ingresaría a registro. La otra alternativa consistía en que el interesado rindiera una declaración extraproceso y la presentara a registro para su inscripción y posteriormente la protocolizara en una notaría del círculo.

Las declaraciones de construcción en suelo propio se registrarían en el folio de matrícula del inmueble y la inscripción se realizaría en la primera columna. Si se trataba de declaraciones de mejoras en terreno ajeno, la inscripción se realizaba en la sexta columna de la matrícula, y el interesado debía citar el número del folio de matrícula inmobiliaria.

Para las declaraciones de construcción y mejoras en terrenos baldíos de la nación, el registrador abriría un folio de matrícula inmobiliaria denominado folio de mejoras. El interesado identificaría el predio y describiría el tipo de mejoras. La anotación correspondiente se haría en primera columna.

La circular indicaba que todos los actos sujetos a registro señalados en el artículo 2º del decreto-ley 1250 de 1970, realizados sobre inmuebles por adherencia —mejoras— debían registrarse en la columna correspondiente siempre y cuando cumplieran los requisitos legales. Aclaraba el acto administrativo que la hipoteca sobre mejoras no era registrable. Tampoco el embargo de mejoras, por cuanto este se perfeccionaba con la notificación que se hace al dueño para que se abstuviera de enajenarlos o gravarlos (C. de P. C., art. 681).

B) *Instrucción administrativa 11 de 1989*

El registro de mejoras en terreno ajeno ocasiona perjuicios a los propietarios de inmuebles. Se presentaron situaciones donde personas inescrupulosas declararon mejoras inexistentes y las registraron para obtener alguna contraprestación de los dueños. Además, con base en el artículo 739 del Código Civil relacionado con el modo de adquirir accesión, existían serias dudas respecto a la procedencia del registro. La Superintendencia mediante instrucción administrativa 11 de 1989 determinó entre otros aspectos los siguientes:

No procede la inscripción de mejoras efectuadas mediante declaración extraproceso rendidas ante juez por no estar contenidas en documento público.

Se ratifica el registro de mejoras en terreno propio y en terrenos baldíos de la nación. También estableció la improcedencia del registro de la declaración de mejoras en suelo ajeno, incluidas las declaraciones en terrenos baldíos municipales y los ejidos, que antes de la instrucción eran inscribibles en la sexta columna del folio de matrícula.

La Superintendencia justificó la prohibición en el hecho de que las mejoras plantadas en terreno ajeno son del dueño del predio, en virtud de la accesión. En tal caso el mejorista tiene un derecho personal frente al dueño y en consecuencia no es sujeto a registro. Para quienes tenían registradas declaraciones de mejoras con antelación a la instrucción administrativa, se permite el registro de la venta de mejoras en predio ajeno con fundamento en que la venta de cosa ajena es válida (C. C., art. 1871). El acto se inscribe en la sexta columna.

Prohíbe la apertura de matrículas por transferencia parcial de las mejoras, en razón de que solo el propietario del inmueble puede efectuar actos de segregación. Si el inmueble por naturaleza está embargado no es viable el registro de venta de mejoras. Reitera lo establecido en la circular 30, en el sentido que no es procedente el registro del embargo de mejoras.

La instrucción también se pronunció respecto a la declaración de mejoras inexistentes y estableció que el dueño del terreno puede obtener su cancelación mediante el otorgamiento de escritura pública donde declare su inexistencia y protocolice un acta de inspección judicial que acredite este hecho. Con la escritura se procederá a cancelar la inscripción de la declaración de mejoras.

C) *Instrucciones administrativas 15 y 23 de 1994*

La instrucción administrativa 15 derogó la 11 de 1989 y fue necesario aclararla mediante la instrucción 23 para respetar derechos adquiridos. Estas instrucciones rigen en la actualidad junto con lo establecido en el parágrafo quinto de la ley 258 de 1996. Contienen las siguientes directrices en materia de registro de declaración de mejoras:

a. Para que proceda el registro de actos o declaraciones de mejoras deben estar contenidas en documentos públicos. No procede el registro de declaraciones extraproceso ante juez.

b. Las mejoras en suelo propio deben registrarse en la primera columna del folio de matrícula inmobiliaria asignado al inmueble por naturaleza. El dueño del terreno se hace dueño de las mejoras por el modo accesión.

c. Es improcedente el registro de mejoras en terrenos de la nación pues ellas por si solas no son modo adquisitivo del derecho de dominio, son actos que hacen parte de la explotación económica necesaria para obtener posteriormente la adjudicación. La medida evita la duplicidad de folios en las oficinas de registro.

d. Las declaraciones de construcción de mejoras en suelo ajeno no son objeto de registro por no estar contempladas en el artículo 2º del decreto-ley 1250 de 1970. Además, de acuerdo con la accesión pertenecen al dueño del suelo y el mejorista solo tiene un derecho personal frente al propietario.

e. Las personas que antes de la vigencia de la instrucción administrativa 15 de 1994, hubieran registrado declaraciones de mejoras en suelo ajeno o en terrenos baldíos tienen un derecho adquirido, en consecuencia, los actos jurídicos que celebren sobre las mejoras son registrables. Pero para quien pretenda a partir de la vigencia de la instrucción administrativa 15 acceder por primera vez a inscribir declaración de mejoras en los supuestos indicados, es improcedente el registro.

f. El embargo del inmueble por naturaleza impide el registro de la venta de mejoras.

g. El embargo de mejoras en suelo ajeno no es registrable.

h. Si fueron inscritas mejoras inexistentes, el dueño del terreno puede obtener su cancelación mediante el otorgamiento de una escritura pública en la que se declare la inexistencia de las mejoras y se protocolice un acta de inspección judicial donde se demuestre este hecho.

176. Afectación a vivienda familiar sobre mejoras

La ley 258 de 1996 creó la institución de la afectación a vivienda familiar, orientada a proteger al cónyuge o compañero permanente que no es titular del derecho de dominio del inmueble destinado a vivienda, protección que consiste en que una vez afectado el inmueble cualquier acto de enajenación o gravamen requiere de la firma del cónyuge o compañero que no figure como propietario. Así se impide que ante una eventual disolución y liquidación de la sociedad conyugal, el inmueble se venda con antelación con el propósito de evitar que sea objeto de adjudicación. La afectación protege el patrimonio familiar en la medida que el bien tiene el carácter de inembargable, salvo excepciones establecidas.

El artículo 5º de la ley 258 de 1996 establece que la afectación a vivienda familiar es oponible a terceros a partir de su inscripción. El parágrafo de la precitada disposición reza:

"Las viviendas de interés social construidas como mejoras en predio ajeno podrán registrarse en el folio de matrícula inmobiliaria del inmueble respectivo y sobre ellos constituirse afectación a vivienda familiar o patrimonio de familia inembargable, sin desconocimiento de los derechos del dueño del predio".

La Superintendencia de Notariado y Registro mediante instrucción administrativa 9 de 1999 fijó las pautas para unificar criterios de interpretación de

la afectación a vivienda familiar, pero no hizo ningún pronunciamiento respecto al parágrafo del artículo 5º de la ley 258 de 1996.

Frente al parágrafo comentado pueden presentarse dos situaciones. La primera hace referencia a las mejoras en suelo ajeno que hubiesen sido construidas, declaradas y registradas con antelación a la vigencia de la instrucción administrativa 15 de 1994. En tal caso, si los cónyuges están de acuerdo con la afectación o si una vez surtido el trámite notarial el cónyuge que figura como titular de las mejoras acepta la afectación, o existe orden del juez de familia en tal sentido, la afectación se inscribirá en el folio respectivo.

La otra posibilidad es que las mejoras en suelo ajeno se declaren mediante escritura pública al tenor de lo dispuesto en la ley 258 de 1996. Si el compareciente afirma que es el único bien de su propiedad y lo ha destinado a vivienda, puede afectarlo a vivienda familiar y procede su inscripción en el registro. Por tener consagración legal, esta situación implica el registro de la declaración de construcción en suelo ajeno y la inscripción de la afectación a vivienda familiar.

La norma también contempla la constitución de patrimonio de familia. Al no cumplirse el supuesto del artículo 60 de la ley 9ª de 1989, modificado por el artículo 38 de la ley 3ª de 1991, que determina que la venta de la vivienda de interés social la realice una institución pública o privada, no es posible constituirlo. Solo queda la alternativa del patrimonio de familia voluntario, que requiere de autorización judicial (leyes 70 de 1931 y 495 de 1999).

Capítulo XVII

EVALUACIÓN DEL SISTEMA REGISTRAL COLOMBIANO

177. Situación del registro[1]

Con el objeto de proporcionar una idea clara del registro colombiano, conviene hacer referencia a algunos datos e indicadores estadísticos. En el país se han creado ciento noventa y tres oficinas de registro de instrumentos públicos, de las cuales cuatro no han empezado a funcionar —Villeta, Apartadó, Simití y Mitú—, treinta y cinco son oficinas principales y están localizadas en las capitales de departamento, y ciento cincuenta y ocho son oficinas seccionales.

Del total de oficinas, setenta y siete han sido sistematizadas prioritariamente por generar un mayor número de predios inscritos y por ende un mayor volumen de solicitudes de inscripción y expedición de certificados. Ciento doce oficinas utilizan procesos manuales y el folio de matrícula inmobiliaria en medio documental.

El número de predios inscritos en las oficinas de registro del país es de 15'620.114, entre los cuales, 10'409.574 tienen su historia jurídica en folios de matrícula inmobiliaria y 5'210.540 en los libros que se utilizaban antes de la expedición del decreto-ley 1250 de 1970. Del total de folios de matrícula inmobiliaria, el ochenta por ciento ya ha sido trasladado a medio magnético, el resto se encuentra en folios de cartulina.

Las tres oficinas de registro de Bogotá tienen un total de 2'085.038 folios de matrícula, cuyas historias están debidamente incorporadas a la base de datos, y aproximadamente 226.000 inmuebles tienen sus historias en los libros del antiguo sistema, para un total de 2'311.038 inmuebles inscritos, que equivalen al quince por ciento del total de predios del país. Conviene tener presente que cada uno de los tres círculos de registro de la capital de la república incluyen varios municipios circunvecinos pertenecientes al departamento de Cundinamarca.

Una oficina de registro totalmente sistematizada está en capacidad de entregar un certificado de tradición y libertad en menos de cinco minutos, una

[1] Los datos estadísticos incluidos en este apartado fueron extractados de un documento proyectado por la Oficina de Planeación e Informática de la Superintendencia de Notariado y Registro en septiembre de 1999.

oficina manual en tres días, siempre y cuando el inmueble correspondiente no esté relacionado o asociado con la inscripción de un documento ni esté pendiente el registro de un acto, casos en los cuales debe esperar que concluya el proceso de inscripción.

En 1999 el tiempo promedio requerido para el registro de un documento era de cinco días, tanto en las oficinas sistematizadas como en las que utilizan procesos manuales, situación que se explica en razón del estudio y calificación como ejercicio intelectual que debe realizarse. El margen de error en el registro es oscila entre el tres y el cuatro por ciento. De este porcentaje una mínima parte tiene trascendencia jurídica y puede corregirse con base en las facultades que concede al registrador el artículo 35 del decreto-ley 1250 de 1970.

Del total de oficinas de registro, aproximadamente la mitad producen superávit, las otras generan déficit. Empero, los recursos recaudados por el registro a nivel global son tan significativos, especialmente en círculos como los de Bogotá, Medellín, Cali, Barranquilla y Bucaramanga, que permiten realizar transferencias importantes al sector justicia.

De acuerdo con el decreto 1169 de 1999, de los ingresos que recaudan las oficinas de registro el veinticinco por ciento se destina para el diseño, construcción, refacción, mantenimiento y dotación de establecimientos de reclusión a cargo del Fondo de Inversión Carcelaria, y otro veinticinco por ciento para la construcción y adecuación de los despachos judiciales. Del presupuesto de inversión de la Superintendencia, el ochenta y ocho por ciento corresponde a transferencias al sector justicia.

178. Características

A) *Sistema real*

El decreto-ley 1250 de 1970 adoptó el inmueble o predio como unidad registral y el folio real como medio donde se llevan las inscripciones. A cada inmueble le corresponde un folio de matrícula inmobiliaria y en él se llevan en orden cronológico las anotaciones que inciden en los derechos reales inmobiliarios (arts. 4º, 5º, 6º, 7º).

El sistema real es considerado más técnico que el sistema personal, pero exige una íntima coordinación con el catastro que garantice la existencia del inmueble, su determinación, cabida y características físicas. En Colombia, si bien es cierto que existe una interrelación entre catastro y registro, la cual fue objeto de una adecuada reglamentación en los artículos 2º a 6º del decreto-ley 1711 de 1984, no menos cierto es que la información que deben intercambiar estas dos instituciones solo se efectúa en una sola dirección, de registro a catastro, pero no opera en sentido contrario.

Las mutaciones, divisiones materiales, englobamiento de predios, constituciones de propiedad horizontal inscritas en las oficinas de registro, se informan a las oficinas de catastro mensualmente. Las oficinas de registro tienen conocimiento de la existencia física de los inmuebles de manera indirecta por el paz y salvo municipal que debe acreditarse para ser autorizados los negocios jurídicos ante notario, y excepcionalmente en forma directa, cuando un predio presenta una diferencia de cabida entre la realidad física y la que figura en la oficina de registro, caso en el cual la oficina de catastro debe certificar la cabida correcta.

En síntesis, la interrelación catastro-registro tiene sus falencias y en ocasiones la información de catastro no es confiable, por cuanto no siempre se ha efectuado la comprobación técnica, mediante mensuras con instrumentos adecuados, y se tiene solo la información que ha aportado el propietario.

B) *Sistema constitutivo*

Nuestro sistema es constitutivo porque de la inscripción depende el nacimiento, modificación y extinción de los derechos reales que recaen sobre los bienes inmuebles (C. C., art. 756). Sin perjuicio de la existencia de anotaciones declarativas, como por ejemplo, la inscripción de sentencias y escrituras relacionadas con la adjudicación de la sucesión, la sentencia de pertenencia, etc. El registro constitutivo se considera característico de los sistemas técnicos y garantiza el ingreso de un mayor número de predios y de actos al registro de la propiedad.

C) *Adquisición de los derechos. Teoría del título y el modo*

El registro alemán y el suizo son considerados como los prototipos del registro técnico y moderno. Pero al primero se le critica la complejidad del proceso de adquisición de los derechos reales, donde el negocio dispositivo abstracto se desvincula del elemento causal. El procedimiento opuesto, por su simplicidad, es de aquellos países como Francia e Italia, donde el simple consentimiento de los contratantes crea el derecho en favor del comprador. Colombia, al igual que otros países, adoptó un sistema intermedio en la medida que no es tan complejo como el alemán ni tan simple como el francés, y es el que exige la existencia de un título y un modo para adquirir un derecho real.

D) *Principios aplicables*

De la lectura del estatuto de registro se infieren el principio de especialidad (arts. 5º y 27), el principio de rogación (art. 23), el principio de prioridad o rango (art. 27), el principio de legalidad (art. 37), el principio de tracto sucesivo (art. 52), con la salvedad de que en Colombia se admite la venta de cosa ajena y tiene acceso en el registro en la sexta columna del folio real (C. C., art. 1871 y decr.-ley 1250, art. 7º), y el principio de legitimación (arts. 43 y 44).

Los principios de legitimación y fe pública registral constituyen la máxima garantía de seguridad del comercio inmobiliario. En Colombia solo el primero está consagrado en el estatuto. El principio de fe pública registral no

es aplicable en Colombia, a pesar de que hay quienes opinan lo contrario, como lo considera el tratadista ARTURO VALENCIA ZEA fundamentado en el artículo 1548 y otros artículos del Código Civil.

Para que un sistema de registro consagre el principio de fe pública registral, debe conceder al registrador amplias y profundas facultades respecto a la función calificadora de los títulos, facultades que incluyan, entre otros aspectos, la capacidad de las partes, la eficacia del negocio jurídico, la ausencia de causales que impliquen la nulidad absoluta o relativa del acto o contrato, etc. El registrador colombiano solo revisa el cumplimiento de las formalidades extrínsecas del documento y constata que no existan prohibiciones que impidan el registro. Sería absurdo que con un sistema de calificación mínima como el nuestro se hiciera inatacable el derecho del tercero que cumpliera los requisitos exigidos, cuando el registrador solo examina las formalidades y no el aspecto sustancial del acto inscrito.

E) *Caducidad de anotaciones*

Un sistema moderno de registro prevé que para ciertas anotaciones, como las cargas, gravámenes y medidas cautelares que no han sido canceladas en un término prudencial por quienes tienen la capacidad de hacerlo, considerando factores como la prescripción del derecho, la caducidad de las acciones consagradas para protegerlos, la sanción procesal de la perención del proceso, etc., salvo que antes de vencerse el plazo se renueve o solicite la prórroga de la anotación por la persona o funcionario competente.

En Colombia no existe la caducidad de anotaciones, por ello no es extraño que un gravamen de valorización, una hipoteca o un embargo que lleva más de treinta años inscrito continúe vigente en el registro. Excepcionalmente, el artículo 33 prevé que si se ha efectuado una inscripción provisional de un acto comunicado telegráficamente por notario o funcionario, y dentro del mes siguiente a la comunicación no ingresa el documento y se pagan los derechos que supone el registro definitivo, la inscripción provisional caduca y no produce efecto alguno.

La ley de reforma urbana o ley 9ª de 1989 consagró algunas situaciones que guardan cierta semejanza con la caducidad de las anotaciones. En la adquisición de inmuebles por negociación voluntaria o expropiación (arts. 13, 21 y 25), si la entidad adquirente deja vencer el término perentorio de dos meses para adelantar las distintas etapas del procedimiento de adquisición, además de configurar una causal de mala conducta para el funcionario responsable y tener que volver a empezar el trámite desde la formulación de la oferta de compra, determinó que las inscripciones que se hubieren efectuado en las oficinas de registro quedasen sin efecto alguno de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento judicial o administrativo alguno. En tal caso, el registrador deberá cancelar las inscripciones a solicitud de cualquier persona, previa constatación del hecho.

El artículo 13 del decreto 2400 de 1989 reglamentó este aspecto y determinó que el registrador, de oficio o a solicitud de cualquier persona, deberá proceder a la cancelación de la inscripción del oficio de oferta de compra, o la resolución que ordena la expropiación; para tal efecto la entidad que ordenó la compra o expropiación debe expedir certificación sobre la cesación de las actuaciones o del procedimiento dentro de los diez días siguientes a la solicitud.

La misma ley 9ª en su artículo 37, al referirse a la afectación por causa de obra pública o protección ambiental, prevé la inscripción de la afectación, que tiene una duración de tres años, prorrogable por tres años más y hasta por nueve años cuando se trata de afectación para vías públicas. Vencidos los plazos indicados, la afectación queda sin efecto de pleno derecho, si el inmueble no es adquirido por la entidad que lo afectó. El artículo 13 del decreto 2400 de 1989, ya comentado, es aplicable en cuanto al procedimiento que debe adelantar el registrador para cancelar.

F) *Simplificación del procedimiento registral*

En la medida que el procedimiento que se adelanta se encuentre regulado y sea sencillo, el registro es técnico. El estatuto determinó en su artículo 22 que el proceso de registro consta de cuatro etapas: radicación, calificación, inscripción y constancia de haberse efectuado esta. Para cumplir con el procedimiento el decreto-ley 1250 concede tres días, término que son pocas las oficinas que pueden cumplirlo, no por negligencia sino porque el flujo de solicitudes es superior a los medios de que disponen, especialmente en recurso humano y soporte tecnológico.

Hay legislaciones que no solo otorgan términos mucho más amplios —aun de meses—, sino que en beneficio del solicitante si el documento es devuelto por alguna incorrección formal, conserva la prioridad si la falla se corrige dentro de un término preestablecido. Es decir, opera la suspensión del proceso, mas no el rechazo del documento, que está reservado solo para las faltas sustanciales o cuando no reingresa subsanado en el plazo concedido.

En Colombia, si bien es cierto que el procedimiento es sencillo, el término concedido no consulta la realidad ni las condiciones, de tal forma que la excepción es inscribir en tres días, por ello debería concederse un término legal mucho más amplio. Cualquier inadmisión de un documento trae consigo la pérdida de la prioridad, salvo que el particular demuestre error en el registro.

G) *Determinación de los derechos inscribibles*

Hay legislaciones que admiten además de los derechos reales consagrados en la ley los que sean elevados a esa categoría por los particulares, teoría que se conoce como *numerus apertus*, y legislaciones que solo reconocen como derechos reales los consagrados expresamente por la ley, teoría conocida como *numerus clausus*. Estas últimas benefician al registrador de la propiedad

al facilitar el trabajo y evitan que cualquier acto al que las partes deseen dar el carácter de derecho real acceda al registro. También hay legislaciones que permiten el acceso de ciertos derechos personales como el arrendamiento a largo plazo y la opción de compra.

El artículo 2º del decreto-ley 1250 de 1970 determina los títulos, actos y contratos sujetos a registro. Son aquellos que constan en documento público y versan sobre derechos reales que recaen sobre inmuebles. A pesar de que la doctrina no es uniforme acerca del número de derechos reales, además de los indicados en el artículo 665, se encuentra el derecho de retención y los consagrados en leyes especiales que no admiten discusión, pero hay otros como el derecho de superficie donde la doctrina no especifica.

Por otra parte, el artículo 7º del decreto-ley 1250 al establecer las columnas del folio de matrícula reserva la quinta para inscribir títulos de tenencia constituidos por escritura pública o decisión judicial y cita el arrendamiento, el comodato, la anticresis, el derecho de retención, mientras la Superintendencia reconoce el *leasing* inmobiliario. Como puede apreciarse los derechos personales que cumplan los requisitos a que se refiere el precitado artículo también pueden inscribirse. Algunos han considerado que si estos derechos están contenidos en documento público y son inscritos tienen el carácter de derecho real, concepto que no compartimos, salvo en el caso de la retención.

H) *Actuación oficiosa del registrador*

En la medida que se conceda al registrador la posibilidad de efectuar actuaciones oficiosas regladas, el registro es más moderno. En el literal *e* se hizo referencia a la caducidad de ciertas anotaciones que no pueden ser canceladas oficiosamente. En materia de embargos, cuya regla general es que no pueden concurrir en el registro, el registrador puede cancelar oficiosamente el de menor importancia cuando llega uno al cual la ley procesal le reconoce mayor identidad y que, por lo tanto, debe ser inscrito por ser prevalente. Los errores en que se incurre en el registro pueden ser corregidos de oficio. Convendría en el futuro evaluar la caducidad de anotaciones como los embargos, demandas, valorizaciones, hipotecas, etc., que de acuerdo con su fecha de inscripción han perdido eficacia jurídica pero que van en perjuicio de la historia del predio.

I) *Sistema de inscripción*

La materialización de una anotación en el registro puede ocurrir por incorporación del documento que contiene el acto en el libro respectivo, es el llamado registro de incorporación. Otros países optan por la transcripción íntegra del documento contentivo de los derechos que se inscriben, conocidos con el nombre de registros de transcripción. Estos sistemas son poco prácticos y muy criticados. El registro moderno requiere de la práctica de asientos sencillos, claros y breves, donde no se requiera consignar el texto íntegro del documento, sino una síntesis.

En Colombia el registro es de inscripción, para cada acto inscribible contenido en un documento se hace una anotación. A diferencia de algunos países donde en virtud del principio de matricidad el documento original reposa en el protocolo del notario, o en el expediente judicial o administrativo y el registrador por tal razón no conserva copia del documento inscrito, nuestro país exige conservar copia especial y auténtica del documento inscrito para preservar la finalidad probatoria que persigue el registro de la propiedad.

J) *Registro no convalidante*

Los registros se clasifican en convalidantes, que son aquellos cuya inscripción del título sanea los vicios del derecho registrado si se cumplen otros requisitos —como, por ejemplo, el cumplimiento de un plazo sin que el interesado dentro de este intente el asiento de rectificación—, y no convalidantes, donde la inscripción no convalida el título nulo ni subsana los defectos de que adolece según las leyes. Colombia tiene un registro no convalidante, ya que si el título es nulo el modo también; el registro no da ni quita derechos. Para que el derecho surja a la vida jurídica, se modifique o extinga, tienen que cumplirse todos los requisitos legales, uno de los cuales es la inscripción.

K) *Vigencia de los certificados expedidos por el registrador*

Hay legislaciones donde la petición de un certificado relacionado con la historia jurídica de un inmueble, solicitado por notario para asesorar la celebración de un negocio, garantiza a este y a las partes interesadas que a partir de su expedición y por un término que se considera apropiado para la culminación de la transacción, el inmueble no sufrirá cambios en su situación; hay una especie de bloqueo registral. Las solicitudes de inscripción o de otros certificados deben esperar el término concedido por la ley para empezar el trámite o ser diligenciados. Esta particularidad se conoce como reserva de prioridad y es utilizada en países como Argentina.

Desde esta perspectiva el certificado tiene un término de vigencia que dura hasta tanto se venza el plazo que tiene el notario para llevar o remitir al registro el acto perfeccionado para el cual solicitó el certificado. En Colombia no existe esta prerrogativa, y por el contrario, un certificado puede perder vigencia el mismo día de su expedición, si en esa fecha ingresa un título, acto o contrato que afecta el mismo inmueble, por cuanto la fecha de la anotación es la misma de la radicación o ingreso del documento. En la actualidad el Comité Latinoamericano de Consulta Registral estudia la posibilidad para sugerir su adopción.

L) *Incidencia de la autonomía de la voluntad en el principio de prioridad*

Legislaciones modernas aceptan que el principio de prioridad sea modificado por la voluntad de las partes interesadas, siempre y cuando se cuente con

la autorización de quienes puedan ver afectados sus derechos. Así las cosas, la prioridad o rango es susceptible de ser modificado, en especial respecto a las hipotecas. Fenómenos como la reserva de grado que hace el deudor hipotecante y que lo habilita, dentro de un margen prefijado, a constituir otra hipoteca de rango preferente, la renuncia de grado hecha por un acreedor en beneficio de otro, la posposición de grado, la permuta de grado y el compartir el grado, son viables en algunos sistemas de registro.

En Colombia la autonomía de la voluntad no tiene fuerza para modificar la prioridad o rango, solo se admite el compartir el grado. El artículo 27 del decreto-ley 1250 de 1970, de cuya interpretación se infiere el principio de prioridad, es parco. La lectura del artículo 2499-3, al expresar que "... las hipotecas de una misma fecha que gravan una misma finca, preferirán unas a otras en el orden de su inscripción" y la jurisprudencia reiterada en igual sentido no dan lugar a otra interpretación. Los interesados que deseen renunciar, posponer o permutar deben dejar sin efecto las anotaciones y constituir nuevamente los derechos para lograr sus objetivos, situación que hace muy onerosas las transacciones.

M) *El factor humano*

La idoneidad profesional del registrador y de los funcionarios de las oficinas de registro es elemento indispensable para garantizar la seguridad jurídica. Los concursos para ingreso al servicio regidos por criterios de experiencia y altos conocimientos jurídicos y gerenciales, el establecimiento de una carrera regida por la capacitación permanente, ascensos con base en méritos e ingresos económicos dignos y suficientes, protegen la solvencia moral e intelectual y aseguran credibilidad y respeto. Estos factores son fundamentales en la obtención de un registro técnico y moderno.

En Colombia, el artículo 131 de la Constitución Política confiere a la ley la reglamentación del servicio público que prestan los notarios y registradores y la definición del régimen laboral para sus trabajadores. Conviene revisar y actualizar el artículo 61 del decreto-ley 1250 de 1970 en razón de que es necesario reglamentar la carrera registral de manera independiente a la carrera notarial. La primera se asimila al régimen general de carrera; la segunda, expresamente consagrada en la Constitución, está reglamentada en la actualidad por la ley 588 de 2000. Además, es necesario tener presente que el notario es un particular con funciones públicas y el registrador un funcionario público. Lo expresado sin perjuicio de que al reglamentar la carrera registral se tenga en cuenta la especialidad de los conocimientos y la experiencia que debe tener el responsable del servicio para que en el seno del organismo que administre el régimen de carrera se incluya representantes de la Superintendencia de Notariado y Registro, de los registradores de instrumentos públicos y de expertos en el tema. Dicho en otros términos, que exista un régimen especial para la carrera registral.

Urge reglamentar la carrera registral y adelantar los procesos tendientes a reincorporar a los registradores en ella. Así mismo, se debe adecuar los salarios —que en la actualidad son de un nivel bajo—, y capacitar periódicamente al registrador y a los funcionarios de las oficinas de registro para asegurar su permanencia e idoneidad y garantizar la prestación de un eficiente servicio.

N) *Revisión de las actuaciones del registrador*

Un sistema de registro técnico y completo debe propugnar porque las decisiones del registrador que generen controversia puedan ser revisadas por el mismo funcionario y que en el caso de persistir la inconformidad de algún interesado exista una instancia por vía gubernativa que revise y decida la oportunidad y procedencia de sus actuaciones, sin perjuicio de que por vía contencioso administrativa exista las acciones pertinentes.

En Colombia, solo procede la revisión de lo actuado por el mismo funcionario que profirió el acto, es decir, por el registrador. Conviene revisar el decreto 2158 de 1992 con respecto a esta materia para evaluar si un organismo colegiado, por ejemplo el Colegio de Registradores, o de carácter mixto, tenga la competencia para revisar los casos de mayor trascendencia. No se explica que en situaciones donde se discute la propiedad de inmuebles —a manera de ejemplo Cusiana, Pozos Colorados, la isla de Barú— el registrador no tenga otra instancia que no solo podría confirmar o mejorar sus decisiones, sino que, en el caso de un error en la interpretación evite perjuicios irreparables e indemnizaciones cuantiosas. Además, es el mecanismo apropiado para unificar la doctrina registral. Por lo pronto se hace necesario una asesoría eficaz del organismo que dirige el servicio público de registro, una capacitación permanente y profunda a los registradores y funcionarios de registro en el derecho registral, el derecho sustantivo y procesal relacionado con la función.

Ñ) *Colegiatura*

El registrador no puede ser un funcionario aislado de los demás colegas ni ignorante del registro de la propiedad mundial. Requiere de un organismo que los agrupe, asesore, oriente, capacite y sirva de conducto regular para las comunicaciones con el gobierno y los organismos internacionales. Un organismo que esté enterado de las políticas del gobierno en materia registral y fije posiciones y proporcione orientaciones para que las decisiones sean concertadas y participativas. Un organismo que defienda a sus afiliados y los mantenga actualizados por medio de publicaciones periódicas.

Una institución que esté al tanto de los progresos y nuevas tendencias del registro de la propiedad mundial y propugne su implantación en Colombia cuando sean benéficos y acordes con el medio local. Una agremiación que intercambie experiencias y fije posiciones con otras instituciones como el notariado, el catastro, los gremios del sector inmobiliario y financiero, etc. La interacción y retroalimentación en el contexto nacional e internacional y la po-

sibilidad de incidir positivamente en la eficiente prestación del servicio y en el mejor estar de la comunidad de funcionarios del registro.

El Colegio de Registradores de Instrumentos Públicos de Colombia, congrega a los registradores y desde su creación ha hecho importantes aportes; pero creemos necesario que todos los registradores se afilien voluntariamente y cumplan con las obligaciones inherentes a su condición de miembros. También se requiere que el Colegio goce de cierta autonomía y recursos económicos para consolidar su posición.

O) *Sistematización de información y procedimientos*

Hasta hace algunos años los expertos internacionales recibían con beneficio de inventario la posibilidad de utilizar medios de avanzada tecnología para las labores jurídicas del registro de la propiedad. Las reservas se han reducido y ya se admite en muchos países la utilización de sistemas computarizados de información, de reconocido valor técnico, que agilizan los procedimientos y protegen la información consignada en los folios reales y en los demás elementos del archivo. La reticencia al uso de los computadores, microfilmes, etc., se basaba en el mérito probatorio de la información reproducida.

En Colombia, la Superintendencia de Notariado y Registro viene haciendo esfuerzos por tecnificar el registro de la propiedad. Es así como ya hay varias oficinas de registro principales que están sistematizando la información del folio de matrícula inmobiliaria mediante la ejecución del proyecto folio magnético. Con respecto a los documentos que sirven de soporte a las anotaciones se intentó la microfilmación; en la actualidad se viene desarrollando de manera experimental en la oficina de registro de Santa Fe de Bogotá, zona norte, el sistema de imagen o disco óptico mediante el cual los documentos se someten a un procedimiento escanográfico y quedan consignados en una base de datos, para su posterior consulta.

En virtud de que la modernización del registro de la propiedad requiere de inversiones cuantiosas y dado que los considerables ingresos obtenidos por la prestación del servicio registral no son revertidos en su totalidad para su mejoramiento por razones constitucionales y legales, el desarrollo tecnológico no es uniforme. En todo el territorio nacional coexisten oficinas completamente sistematizadas como la de Santa Fe de Bogotá, zona norte, oficinas en vías de ser sistematizadas o que parcialmente están sistematizadas, y oficinas donde los procedimientos y la información son completamente manuales.

Por otra parte, en cada oficina la historia jurídica de los inmuebles, salvo contadas excepciones, se encuentra, en parte, aún en los libros múltiples del sistema de registro anterior a 1970, otra parte se encuentra en los folios de matrícula inmobiliaria y en las oficinas sistematizadas en la base de datos de un computador. Es decir, coexisten tres sistemas, situación que no es la más aconsejable.

179. Valoración del sistema registral colombiano

En el apartado anterior no solo se enunciaron algunas características del registro colombiano, sino que también se adelantó una evaluación. Resta tener en cuenta que entre los distintos sistemas analizados en la primera parte del libro, la doctrina internacional considera los sistemas de Alemania y Suiza como los más técnicos. El decreto 1250 de 1970 se inspiró en alguna forma en ellos, pero en su adopción se tuvo en cuenta los mandatos del Código Civil de 1887 y la realidad local, por lo cual no tiene todas las virtudes que se elogian de las legislaciones que sirvieron de modelo.

Uno de los aspectos más difíciles de determinar es el contenido y alcance de la función calificadora. Existen serias dudas acerca de sí el registrador es competente para rechazar actos viciados de nulidad, ya que en cuanto al documento sometido a inscripción debe limitarse a examinar la legalidad de las formas extrínsecas y la capacidad de los otorgantes, de tal forma que no le corresponde examinar el fondo de las cláusulas pactadas por los contratantes, salvo que fueren contrarias al orden público y a las buenas costumbres. Otro tanto sucede con las providencias judiciales y administrativas, a las que no les corresponde calificar su fundamento. Esta situación ha implicado que en muchas ocasiones se peque por exceso o por defecto; bien sea inadmitiendo documentos cuya decisión no le compete al registrador, sino a los jueces, o bien inscribiendo actos de cuya validez contractual se tienen serias dudas.

La circunstancia de no estar reglamentado el estatuto de registro implica en ocasiones hacer interpretaciones no consistentes que son variadas de cuando en cuando, con las implicaciones que cambios de tal magnitud tienen en la seguridad jurídica. A pesar de consagrarse la interrelación entre catastro y registro, ella se contrae a los informes que sobre mutaciones en la propiedad se remiten mensualmente al catastro, pero no existe una reciprocidad que brinde la certeza de que los inmuebles inscritos corresponden a su real identificación física.

Los problemas detectados en la institución registral colombiana se sintetizan en: la seguridad, el crecimiento desmesurado de los archivos, la lentitud de los trámites y el déficit en el número de funcionarios necesarios para la prestación de un servicio ágil. Conviene aclarar que estas fallas no son generalizadas, pero su ocurrencia —así sea puntual— preocupa a los responsables y a la entidad rectora del servicio.

180. Perspectivas

La sociedad y el Estado son objeto de profundas transformaciones; la ciencia y la tecnología diariamente ofrecen sorpresas. Basta apreciar el desarrollo de la informática y la cibernética, los grandes adelantos en las comuni-

caciones. El nuevo orden social, económico y político obliga a examinar si el registro inmobiliario como institución, como sistema técnico-jurídico, responde a las necesidades modernas. En Colombia se hace más apremiante si se tiene en cuenta que en julio de 1991 fue dictada una nueva Constitución, resultado de un consenso entre las diversas fuerzas políticas, circunstancia que implica la revisión de todo el ordenamiento jurídico y la introducción de reformas significativas que en alguna medida tendrán incidencia en la institución registral, a la que de cuando en cuando le son confiadas nuevas responsabilidades.

Basta recordar las leyes que regulan la propiedad agraria, que imponen al registrador la función de controlar la proliferación de latifundios formados por inmuebles baldíos adjudicados, así como la de impedir la enajenación de uni-dades agrícolas familiares por quienes no cumplían ciertos requisitos. Las leyes de reforma urbana (ley 9ª de 1989) y de desarrollo territorial (ley 388 de 1997) en materia de adquisición de tierras por negociación voluntaria, expropiación —en sus modalidades judicial y por vía administrativa—, al igual que en las afectaciones por obra pública y el ejercicio del derecho de preferencia de los bancos de tierras, etc., tiene en el registro inmobiliario —mediante prohibiciones expresas de inscripción de actos dispositivos de los predios afectados por los programas de la reforma o de la publicidad que debe darse a los diversos programas en el folio real— el ser coadyuvante en el cumplimiento de las finalidades perseguidas por la ley.

Las nuevas responsabilidades —unidas a las existentes—, el manejo de grandes volúmenes de información, la necesidad de brindar dinamismo al tráfico jurídico y los principios novedosos aportados por la Constitución de 1991, ameritan una revisión del registro para determinar si responde a las exigencias modernas como sistema integrado. En este orden de ideas, se debe dar respuesta a estos interrogantes: la institución debe seguir de espaldas a la sistematización, el telefax, las tarjetas de crédito, el aprovechamiento de los servicios que proporciona el correo tradicional y la utilización del correo electrónico, etc., o, si, por el contrario, debe adoptarlos de manera general y no excepcional como viene ocurriendo. La respuesta deberá considerar antes del registro como sistema jurídico, como sistema técnico, como institución y como un conjunto de competencias, y evaluar en cada caso la trascendencia e implicaciones que una decisión de esa magnitud tendría en los principios, fines, objeto y en la teoría general del derecho registral, y, lo que es más importante, si el ensayar cualquier cambio redunda en beneficio del fin último del registro: dar seguridad jurídica al comercio inmobiliario.

Pero el registro como sistema tiene estrecha relación con el notariado, la rama ejecutiva y jurisdiccional, el catastro, las oficinas de planeación urbana, etc. Esta circunstancia obliga a considerar que cualquier decisión que implique cambios debe estar acorde con el desarrollo armónico de los demás sistemas; así mismo, que no pueden improvisarse modificaciones por simple moda, desconociendo las recomendaciones sobre "técnicas de registración" y "mecanismos del registro" aprobadas en el primer y segundo congresos internacionales de derecho registral, celebrados en Buenos Aires en 1972 y en Madrid en 1974, respectivamente.

En virtud a la existencia de un porcentaje significativo de oficinas de registro sistematizadas, debe propugnarse que a corto plazo se implante una red nacional de registro inmobiliario que permita la consulta de información entre oficinas y aun la expedición de certificados sin que el interesado tenga que desplazarse a otros círculos registrales.

Otro de los aspectos que deben ser considerados como perspectiva de futuro del registro de instrumentos públicos es un debate serio y la posterior decisión acerca de los beneficios y desventajas de la prestación del servicio de registro por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares. Conviene recordar el artículo 365 de la Constitución Política que preceptúa: "Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional". Más adelante añade: "Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios...".

El precitado artículo plantea varias opciones referentes a la prestación de los servicios públicos que son aplicables al registro de instrumentos públicos en razón de su naturaleza. Ellas son:

a. Que el servicio del registro inmobiliario lo preste el Estado tal y como lo viene haciendo, sin ningún cambio estructural ni formal. Es decir, a través de la Superintendencia y de las oficinas de registro como dependencias administrativas de la primera, pero con autonomía jurídica. En este escenario los puntos a revisar son, en materia administrativa, dotar a las oficinas de registro de mayor autonomía, de forma que les sea permitida la ordenación del gasto en cuantías superiores a las actuales, la nominación e incorporación de los funcionarios en la carrera administrativa, y la reglamentación y puesta en marcha de los concursos para ingresar al servicio y a la carrera registral. En materia jurídica, crear el recurso de apelación para que las decisiones del registrador puedan ser revisadas y obtener así la unificación de criterios y de la doctrina registral, y dar mayores garantías al usuario del servicio; proporcionar asesoría jurídica permanente y ágil a los registradores, y consagrar de manera expresa la revocatoria directa en el registro, fijando sus limites y requisitos.

b. Que el servicio continúe bajo la responsabilidad del Estado pero con algunas modificaciones organizacionales. Una de las criticas que se hace al actual sistema es la concentración de funciones en el ente rector respecto al registro de instrumentos públicos: dirige, vigila, controla, administra y ejerce la función, de tal manera que desvirtúa la concepción tradicional de las superin-

tendencias como organismos descentralizados adscritos a un ministerio que cumplen algunas de las funciones del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, u otras legalmente conferidas en materia de control, vigilancia e inspección.

Una solución a evaluar es el escindir el organismo actual en dos, conservando los resultantes su carácter estatal, sin que esta operación implique aumentos en la planta de personal. El primero continuaría con la denominación actual, y tendría a su cargo la inspección, vigilancia y control del servicio. Al segundo le correspondería la administración y gestión del registro inmobiliario.

c. Regresar al sistema anterior a la expedición del decreto-ley 1250 de 1970, previa evaluación histórica de lo ocurrido y una vez consagrados los ajustes legales que superen los inconvenientes que motivaron su nacionalización. Como se recordara, la actividad registral se adelantaba de manera similar a la que en la actualidad desarrollan los notarios. No debe olvidarse que la función desempeñada por los registradores es eminentemente técnica y jurídica, y exige una capacitación y experiencia que en el presente tienen quienes están vinculados al servicio. En el supuesto de que la prestación del servicio fuera entregada a otras instituciones privadas o a comunidades organizadas, irremediablemente éstas tendrían que vincular gran parte de los funcionarios actuales, so pena de paralizar el servicio e incurrir en errores irreparables.

d. Entregar la administración y gestión del servicio a personas jurídicas de derecho privado o a comunidades organizadas, previa revisión del estatuto registral y siempre y cuando se garantice a mediano plazo la sistematización total del registro, la actualización tecnológica permanente, las transferencias financieras al sector justicia, la estabilidad laboral de los funcionarios actualmente vinculados, una escala salarial acorde con las exigencias de la labor que desempeñan y la capacitación constante.

La decisión relacionada con el operador del registro público inmobiliario no debe ser el fruto de la improvisación, como ocurrió con el decreto-ley 1122 de 1999, que pretendió en cinco artículos mediante la figura de la participación por delegación entregarlo a entes tan disímiles como las cámaras de comercio, los sujetos privados y en aquellos círculos donde no se presentara proponentes o el concurso fuera declarado desierto, al propio Estado. Esta posición colocaba en serio peligro la seguridad jurídica del comercio inmobiliario al estimular la anarquía conceptual en el régimen de la propiedad inmueble.

181. El Comité latinoamericano frente a la privatización

En el contexto internacional existen dos organismos dedicados al estudio científico de los diversos registros, que asesoran a los estados en esta materia. Ellos son el Centro Internacional de Derecho Registral, CINDER, con sede en Madrid (España), y el Comité Latinoamericano de Consulta Registral, con sede en Buenos Aires (Argentina).

Con ocasión del XIV Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral celebrado en Venezuela en agosto de 1999, con la participación de representantes de quince de los países miembros e invitados especiales de España, Estados Unidos de Norteamérica, Portugal y el CINDER, se incluyó como tema de estudio la expedición del decreto 1122 del mismo año que establecía la privatización del registro en Colombia.

Por considerarlos de particular importancia para el presente y el futuro del registro de la propiedad en Colombia, se trascriben los apartes completos de la declaración emitida por el Comité sobre el asunto de la privatización.

Conviene destacar que al interior de estos organismos existen expertos en los diferentes registros, en el entendido que el derecho registral es el género y el registro inmobiliario una de sus especies. Dicho en otros términos, las declaraciones aprobadas no surgen de la solidaridad profesional o gremial de personas comprometidas con el registro de la propiedad inmueble sino del análisis imparcial de quienes en sus respectivos países representan la elite intelectual de las distintas clases de registros, que bien pueden ser ejercidos por el Estado o por el sector privado, estar centralizados en un solo organismo que los dirige a todos o fraccionados en diversos entes. Así mismo, en sus países de origen los miembros bien pueden ejercer el registro mercantil, el de la propiedad intelectual, el de los bienes muebles o inmuebles, o ser profesionales que dominan el derecho registral en todas sus manifestaciones.

"Acta de Porlamar

"En la ciudad de Porlamar, Estado Nueva Esparta de la República de Venezuela, a los 09 días del mes de agosto de mil novecientos noventa y nueve, se reúnen los registradores miembros que firman al pie de la presente, quienes representan a los siguientes países: Argentina, Brasil, Bolivia, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Honduras, Panamá, Perú, Puerto Rico, Uruguay, Paraguay y Venezuela, y como invitados especiales los registradores designados por el Colegio de Registradores de España, Estados Unidos de Norteamérica y Portugal. La presente reunión se lleva a cabo en la ciudad de Porlamar, organizada por la Asociación de Registradores de Venezuela (Asoresven), de conformidad con lo resuelto en el XIII Encuentro del Comité Latinoamericano de Consulta Registral y abordar el tratamiento de los temas oportunamente dispuestos de conformidad con el desarrollo propuesto por las autoridades organizadoras.

"*Declaraciones*

"1. Se ha tenido noticia de la publicación del decreto 1122 de 26 de junio pasado, por parte del gobierno de la República de Colombia, y puesto en con-

sideración contando con la participación en el debate del Secretario General del Centro Internacional de Derecho Registral (CINDER), organismo que agrupa a cuarenta y dos países de América, Europa y África, y que en dicha disposición se atribuye la competencia sobre el registro de bienes inmuebles a las cámaras de comercio, sobre la base de la consideración jurídica del bien inmueble como mercancía y, sin entrar en la valoración de la norma desde el punto de vista constitucional o de su jerarquía respecto del ordenamiento legal, la reunión científica de profesionales de derecho registral que ha tenido la ocasión de celebrarse en la Isla de Margarita, ve con profunda preocupación la decisión política adoptada por el gobierno de Colombia, y en tal sentido ha considerado oportuno dirigirse a dicho gobierno con objeto de puntualizar los siguientes aspectos:

"a) La doctrina más acreditada desde el punto de vista económico, que ha hecho suya el informe del Banco Mundial de 1996, parte de la base de que el registro de propiedad inmobiliaria, con efectos jurídicos que supongan la presunción de titularidad a favor de quien inscribe, es el único medio de distribuir drásticamente los costos de información y de evitar los costos de vigilancia en el trafico de los "property rights" inmobiliarios.

"b) La consecuencia inmediata de la anterior afirmación consiste en la necesidad ineludible de los países en desarrollo de organizar o perfeccionar sus propios sistemas de seguridad registral, a menos que se caiga en el riesgo de paralizar dicho desarrollo en beneficio de sociedades nacionales mejor dotadas de instrumentos jurídicos de seguridad preventiva.

"c) Por tanto, la ficción jurídica de considerar el bien inmueble en los mismos términos que una mercancía en la técnica mercantil, y de atribuir la gestión registral a organismos como las cámaras de comercio, carentes de especialización jurídica suficiente, constituyen medidas apartadas de la técnica general de los países del área del libre mercado, que pueden sumir a Colombia en graves problemas.

"d) En tal sentido, y en función de la preocupación que ha generado esta noticia, los profesionales de la materia registral reunidos en la Isla de Margarita, en el Comité Latinoamericano de Consulta Registral y la propia Secretaría General de Derecho Registral, en el plano del mayor de los respetos a la soberanía del gobierno de la República de Colombia, se han permitido sugerir la reconsideración de la medida adoptada y la adecuación de la legislación colombiana a los ejemplos de derecho comparado de los países del área europea e iberoamericana en el sentido de organizar un registro público inmobiliario, como servicio del Estado, apoyado en los principios esenciales de documentación auténtica, presunción de legitimación del titular del bien inmueble inscrito y de protección de los intereses de los futuros adquirentes de derechos reales inmobiliarios. Tal registro debe atribuirse a profesionales independientes, especializados en la materia y capaces de garantizar la eficiencia del servicio por los medios más modernos que proporciona la técnica.

"e) Lo contrario, como antes se afirmaba, supone seguir una dirección contraria a la doctrina jurídica más actualizada e inclusive las posiciones básicas de los organismos económicos de ámbito mundial, con una posición distinta a las naciones más desarrolladas o aquellas que pretenden un eficiente funcionamiento del mercado, como ocurre actualmente con la totalidad de los países en desarrollo o del Este europeo. Cabe decir que la doctrina expuesta está totalmente ratificada por todos los encuentros del Comité Latinoamericano de Consulta Registral y en los puntos más importantes que se ha hecho referencia, en los últimos Congresos Internacionales de Derecho Registral, especialmente el de París de 1994, el de Lisboa de 1996 y el de Marraquech de 1998.

"f) La seguridad jurídica en el Estado contemporáneo no puede ser considerada una cuestión meramente económica. La eficiencia, celeridad y seguridad registral no es una cuestión de mercado.

"Las leyes de mercado no son suficientes para el sostenimiento de la paz social en los negocios inmobiliarios y para la protección del tercero.

"En cambio la paz social en los negocios inmobiliarios y la protección del tercero son necesarias para la correcta aplicación de las leyes de mercado, que tengan en cuenta los derechos de la persona".

Parte tercera

DE LA JURISPRUDENCIA REGISTRAL

Capítulo único

JURISPRUDENCIA REGISTRAL

Sección I. *Corte Suprema de Justicia*

A) *En el derecho colombiano no existe una posesión inscrita*

Sentencia de 27 de abril de 1955 ("G. J.", t. LXXX núm. 2153, págs. 87 y ss.).

"Primera parte

"Antecedentes sobre la posesión inscrita

"I

"El artículo 762 del C. C. define la posesión material porque dice que «posesión es la tenencia de una cosa». No la califica y no era menester calificarla porque en esta forma solo podía referirse a la material, que es la de la historia, la primera experiencia patrimonial humana, el primer ensayo de libertad sobre las cosas y el perpetuo señorío del hombre sobre ellas, en todos los tiempos y lugares. De la misma suerte numerosos textos del citado Código hablan de ella sin calificarla: el artículo 764, al dividirla en regular e irregular y definir la primera; los artículos 770 a 774, al definir la última y las posesiones viciosas; el 777, al admitir la conversión de la mera tenencia en posesión, y el 778, la adición de posesiones; el 779, al estatuir la ficción de posesión exclusiva durante la época de la indivisión, el 780, al establecer varias presunciones de posesión; el 782, sobre tema de posesión directa o por intermediario; los artículos 784, 785, 787 y 788, relacionados con las formas de adquirir y perder la posesión; el 952, al señalar al «actual poseedor» como extremo pasivo de la acción reivindicatoria, y en todas las disposiciones que componen el título de las acciones posesorias ninguna calificación le dan, salvo el artículo 980, que habla de la «inscrita». Posesión, sin calificar, sustenta la vasta y fecunda presunción de dominio del artículo 762, la usucapión ordinaria del artículo 2526 y la extraordinaria del artículo 2531, y con la calidad de económica funda la ocupación como modo de adquirir la propiedad de la tierra baldía, según el artículo 1º de la ley 200 de 1936, la reversión del dominio consagrada en el artículo 6º y la prescripción especial agraria del artículo 12 del mismo cuerpo legal. El C. C. no califica en parte alguna la «posesión» sino cuando trata de la «inscrita», porque el alcance histórico, humano, social e ideológico de la pa-

labra le da a esta su contenido esencial de hecho o fenómeno objetivo y corpóreo. Así lo entendió el insigne autor de los «proyectos», sin excluir el último, en el cual se habría explicado tal vez la calificación de «material» al hacer figurar en él el foráneo estatuto de la posesión inscrita.

"II

"La llamada posesión inscrita no es posesión. Un uso indiscriminado de la palabra «posesión» vino a colocar aquella al lado de la material, como si se tratase de dos especies de un mismo género. Lo mismo sucedió en España, según Jerónimo González y Martínez (*Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, 1948, t. 2º, pág. 65), con motivo de la ley hipotecaria de 1861, la que, siguiendo el modelo del Código Civil austríaco, introdujo una posesión tabular o inscrita, incompatible con la material, la cual quedó eliminada. Nada más erróneo que hacer de la llamada «inscrita» una especie de posesión, porque la posesión es conjugación de dos elementos, subjetivo el uno y objetivo el otro; porque es poder físico directo sobre las cosas, en virtud del cual se ejecutan sobre ellas actos materiales de goce y trasformación, sea que se tenga el derecho o que no se tenga; por ella obtenemos de los bienes patrimoniales el beneficio señalado por la naturaleza o por el hombre; ella misma realiza en el tiempo los trascendentales efectos que se le atribuyen, de crear y sanear el derecho, brindar la prueba óptima de la propiedad y llevar a los asociados orden y bonanza; y es ella, no las inscripciones en los libros del Registro, la que realiza la función social de la propiedad sobre la tierra, asiento de la especie y cumbre de las aspiraciones de las masas humanas.

"III

"La posesión inscrita no es nada de esto, ni logra nada de esto. Se trata de la inscripción en el registro público, de los instrumentos en que consta la adquisición de los derechos reales inmuebles. Pero la anotación de un libro carece en sí, intrínsecamente, de los elementos propios de la posesión, porque no es acto material y menos aún conjunto de actos materiales sobre la cosa, requerido para probar la posesión; no es poder físico, ni esfuerzo, ni trabajo, lo único apto para producir los efectos posesorios; ni obstáculo para que a espaldas de las inscripciones se desarrollen los hechos y la vida de manera incontenible. Una inscripción en favor de quien no es dueño no le dará una posesión que pueda triunfar sobre quien tenga la material, sea dueño o no; y en favor de quien lo es, no le permitirá ejercerla y conservarla si otro llega a tener la cosa materialmente. Una inscripción, de inmemorial vigencia, no podrá hacer frente a la posesión material de quien invoca los interdictos, ni podrá resistir la acometida de la usucapión, cuya entraña es la posesión material; ni valdrá tampoco para conservar la propiedad de la tierra si esta no es poseída real y directamente. Dijo el notable jurista austríaco Randa, citado por Jerónimo González y Martínez (*op. cit.*, t. 2º, pág. 64), al hacer la defensa de la posesión material postergada por el código de su país de 1811: «Únicamente la posesión física es verdaderamente posesión; la tabular no es ni siquiera una especie coordinada de la física: su concepto (esencia jurídica) es distinto; su nacimiento y pérdida se regulan por preceptos especiales; y finalmente (y esto es fundamental), los efectos jurídicos de ambas difieren totalmente, porque la posesión tabular no goza de la característica protección posesoria de los interdictos».

"IV

"Sabido es que en los primeros proyectos del señor Bello no figuró la posesión inscrita. Solo en el último. Fue grande la influencia en el ilustre americano, del Código Civil austríaco de 1811. Este cuerpo legal estableció una posesión «tabular», esto es, «inscrita» encomendada a la inscripción de los títulos, fuera de la cual no era posible la posesión (arts. 321 y ss.), de modo que la material quedó excluida. He aquí algunos artículos de dicho código, cuya comparación con los textos del Código de Chile —y por tanto, con los del colombiano— es significativa:

"«Artículo 321.—La posesión legítima de un derecho real sobre cosas inmuebles solo se adquirirá por la inscripción reglamentaria en el registro público.

"»Artículo 322.—Cuando la cosa fuere inmueble y existieren registros públicos, el derecho de posesión corresponderá exclusivamente al que se halla inscrito como poseedor de ella».

"Estas disposiciones son sustancialmente iguales a los artículos 696 y 724 del Código chileno y 759 y 785 del colombiano.

"«Artículo 350.—La posesión de los derechos y cosas inmuebles que se hallen inscritos en los registros públicos terminarán cuando sean cancelados (...) o se inscriban a nombre de otros».

"Este precepto equivale a los artículos 728 del Código chileno y 789 inciso 1º del colombiano.

"Después de una larga vigencia de la posesión tabular en Austria; vigencia en la cual fue probada plenamente la reforma, fue suprimida en las reformas legislativas de 1914 a 1918, sugeridas por el notable jurista Unger, en las que fueron adoptados los sistemas posesorios alemán y suizo, conforme a los cuales no hay una posesión inscrita sino una posesión, la material, pues la inscripción no sirve sino para efectuar la tradición y probar la titularidad del derecho (V. Arminjon, Boris Nolde y Wolf, *Traité de droit comparé*, 1950, t. 2º, núms. 447 y ss.).

"La ley hipotecaria española de 1861, siguiendo la huella del código austríaco, estableció también una posesión tabular, vinculada al registro, y un procedimiento para inscribirla. Mas la ley que entró a regir el 1º de enero de

1944 abolió la posesión tabular. (Sobre los efectos del nuevo estatuto puede consultarse a RAMÓN M. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, 1948, 1ª ed., t. 1º, cap. XIV, págs. 522 y ss.).

"El mismo ensayo hizo el Código del señor BELLO, y de consiguiente, el C. C. colombiano al adoptar en 1873 el Código Civil del Estado Soberano de Cundinamarca, o sea el mismo de la República de Chile. Mas si la derogación legislativa no ha sido pronunciada, la de la doctrina es un hecho, porque según esta ninguno de los efectos atribuidos a la posesión inscrita por el señor BELLO se producen hoy, como luego se verá. La Comisión Revisora del Código Civil de 1953 ha propuesto la eliminación de los textos referentes a ella, por considerar que no hacen papel en la institución posesoria.

"V

"Construyó, pues, el señor BELLO, con materiales del Código austríaco unas cuantas disposiciones que incluyó en su último proyecto, en los títulos de la tradición, la posesión, las acciones posesorias y la prescripción. Las nuevas normas fueron la simiente de la contradicción dentro de la teoría de la posesión clásica, cuya estructuración en todos sus proyectos fue paradigma de sabiduría, erudición e ingenio, hasta el punto de que el artículo 924 del Código de Chile (igual al 980 del colombiano), negación tajante de la posesión material en el campo de los interdictos, resultase contiguo de aquel que es cimiento milenario de la posesión de la tierra; que pocos pasos antes del artículo 2510 (igual al 2531), estatuto de la eminente prescripción extraordinaria, la negase el 2505 (igual al 2526).

"El señor BELLO motivó así la nueva institución: «La inscripción es la que da la posesión real-efectiva, y mientras ella no se ha cancelado, el que no ha inscrito su título no posee; es un mero tenedor. Como el Registro Conservatorio está abierto a todos, no puede haber posesión pública, más solemne, más indisputable que la inscripción. En algunas legislaciones la inscripción es una garantía no solo de la posesión, sino de la propiedad, mas para ir tan lejos hubiera sido necesario obligar a todo propietario, a todo usufructuario, a todo usuario de bienes raíces a inscribirse justificando previamente la realidad y valor de sus títulos; y claro está que no era posible obtener ese resultado sino por medio de providencias compulsivas que producirían multiplicados y embarazosos procedimientos judiciales y, muchas veces, juicios contradictorios, costosos y de larga duración. No dando a la inscripción conservatoria otro carácter que el de una simple tradición, la posesión conferida por ella deja subsistentes los derechos del verdadero propietario, que solamente podrían extinguirse por la prescripción competente. Pero como no solo los actos entre vivos, sino las trasmisiones hereditarias están sujetas respecto de los bienes raíces a la solemnidad de la inscripción, todos los referidos bienes a no ser los pertenecientes a las personas jurídicas, al cabo de cierto número de años se hallarían inscritos y al abrigo de todo ataque. La inscripción sería desde entonces un título incontrastable de propiedad, obteniéndose así el resultado a que otros querían llegar desde luego, sin que para ello sea necesario apelar a medidas odiosas que producirían un grave sacudimiento en toda la propiedad territorial.

"»Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas: la posesión de los bienes raíces, manifiesta, indisputable, caminando aceleradamente a una época en que la inscripción, posesión y propiedad serían términos idénticos; la propiedad territorial de toda la República a la vista de todos, en cuadro que representaría, por decirlo así, instantáneamente sus mutaciones, cargas y divisiones sucesivas; la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse».

"Se sigue de esta exposición que dos objetivos movieron al señor BELLO.

"1º. Obtener, por los privilegios que la posesión inscrita tendría sobre la material, que los inmuebles fuesen inscritos en el «Conservador de Bienes Raíces», en el menor término posible; y 2º. Lograr que con el tiempo los términos «propiedad», «posesión», e «inscripción» llegasen a tener el mismo significado.

"El primer objetivo no justifica el aniquilamiento de la posesión material, sin la cual no se concibe la vida humana, ni sus necesarias proyecciones patrimoniales. El segundo era un imposible jurídico. No se alcanzó en Chile el registro de los bienes raíces, a pesar de tan drástica medida, según enseñan los tratadistas de derecho civil chileno (ARTURO ALESSANDRI RODRÍGUEZ y MANUEL SOMARRIVA UNDURRAGA, *Curso de derecho civil*, t. 2º, núm. 738).

"En cuanto a la identificación de los términos nada se logró y nada podía lograrse, porque «posesión e inscripción» no podrán ser jamás la misma cosa; las disposiciones del Código austríaco de 1811 y las de la ley española de 1861 fueron derogadas precisamente porque los hechos se opusieron a esa equiparación; por el contrario las dificultades, que el sistema de posesión tabular suscitó probaron de manera irrefragable que tal identificación es imposible. «Con unanimidad indiscutible —dice GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ— los grandes civilistas alemanes omiten todo desarrollo de la llamada posesión tabular y ni en los 125 tomos del *Archiv für die civilistizche Praxis*, ni en los 75 del *Anuario Ibreing*, que contienen los más profundos estudios sobre la posesión romana publicados en los últimos cien años, he podido encontrar ningún argumento a favor de la extraordinaria teoría que absorbe en la inscripción la posesión física de un inmueble» (ob. cit., t. 2º, pág. 66).

"«Propiedad» e «inscripción» tampoco lo serían si en cuanto la inscripción pueda llegar a probar la propiedad de manera irrefragable. Es la culminación de los más avanzados sistemas de matrícula de la «propiedad» y de catastro. Y menos aún «propiedad» y «posesión», porque aquella es poder jurídico, inmaterial, especifico e invariable, cuya estructura, régimen y movimiento descansan en reglas fijas y exactas; en tanto que la posesión es poder de hecho,

material, común a todos los derechos, sea que nos pertenezcan o no nos pertenezcan, y en este caso, ignorando o sabiendo que no nos pertenecen. La posesión resulta así demostración física, orgánica, universal y necesaria del patrimonio, en la cual caben todas las formas de que se sirve el hombre para ejercer su señorío sobre las cosas. Complementa y exterioriza la propiedad, como dijera el autor de la teoría subjetivista, y de esta suerte es común denominador material de todos los derechos, sin el cual los elementos patrimoniales serían simples relaciones abstractas, tan inmateriales como ineficaces e ilusorias.

"VI

"Si en los citados países no se justificaba una posesión tabular o inscrita contraria a la naturaleza de las cosas, menos podría justificarse en un país de extensos territorios, como Colombia. El Código chileno fue recibido como el mayor esfuerzo americano en materia de legislación, y en el propósito de adoptar un código civil completo, prestigiado por la fama justamente alcanzada de su autor, no era el caso de, detenerse sobre un asunto que era extraño al campo de las renovaciones políticas y religiosas a que Colombia estaba entregada por entonces. Pero ninguno de los fines perseguidos podía justificar en Colombia el prohijamiento del nuevo estatuto posesorio. La propiedad raíz se venía inscribiendo al ser registrados los títulos, desde cuando lo prescribió la ley de 11 de octubre de 1821 (arts. 12, 13 y 14), lo tenía prescrito la Novísima Recopilación (libro X, título XVI, leyes 1ª, 2ª, 3ª y 4ª) y lo prescribieron las leyes nacionales de 11 de mayo de 1825, 22 de mayo de 1826 y 1º de junio de 1844, así como el Código Civil de la Unión de 1873, el mismo que el Estado unitario reconstituido adoptó por medio de la ley 57 de 1887, adicionado con un nuevo Título (el 43) sobre «el registro de instrumentos públicos», de que carecía el chileno. En cuanto a la identificación de conceptos, la experiencia ha demostrado que es opuesta a los principios que representan.

"VII

"No huelga recordar que el Registro, como institución, tuvo su raíz en la necesidad de publicar los gravámenes de la propiedad inmueble, con los cuales, por ser ocultos, se sorprendía a los adquirentes de buena fe. Así, la primera función del registro, *fue la de dar publicidad a los gravámenes,* y más tarde a las trasferencias y mutaciones del dominio: *transferir* la propiedad, en sustitución de las primitivas formas físicas de entregar los inmuebles. El señor BELLO, en sus primeros proyectos, contempló todavía estas formas, al tiempo que adoptó la del registro (v. t. 4º de sus *Obras completas*, arts. 825 y 826); pero ya en el proyecto definitivo aparecen eliminadas aquellas (v. el t. 5º, art. 826). Y por último otra función: la de *probar* la titularidad del derecho. Esto es: *publicar, transferir y probar.* Se aspiró a que tuviese otra, la de *dar, conservar* y *probar* la posesión, creyendo que la inscripción que servía para transferir la propiedad, publicar las mutaciones y probar el derecho podía tener también una naturaleza y un alcance posesorios. Lo cual lleva a la Corte a hacer, ante todo, el estudio de las disposiciones pertinentes del C. C., con el objeto de saber si en verdad consagran una idea, figura o institución jurídica de naturaleza y alcance posesorios.

"Segunda parte
"Análisis de los textos sobre la posesión inscrita

"I. Artículos 759 y 785

"Reza el artículo 759 que los títulos traslaticios que deben registrarse «no darán o trasferirán la posesión *efectiva*» sino mediante la inscripción en el registro; y el artículo 785 lo repite diciendo que «si la cosa es de aquellas cuya tradición debe hacerse por inscripción en el registro de instrumentos públicos nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio». Tales preceptos, literal y aisladamente contemplados, significan: o que la *posesión material no existe, o que no puede ser adquirida sino mediante la inscripción.*

"Lo primero se rechaza sin mayor consideración, porque choca con la verdad histórica y universal de todos los tiempos y con el conjunto más armonioso de preceptos sobre la posesión material, que el señor BELLO elaboró e incorporó en todos sus proyectos, aun en el último y no obstante la atracción que sobre él ejerciera la posesión tabular del Código austríaco.

"Lo segundo, o sea, que la posesión material no puede adquirirse sino por medio de las inscripciones, está en total desacuerdo con la jurisprudencia nacional. En efecto:

"1º. La Corte ha dicho que la obligación del vendedor de que trata el artículo 1880 del C. C. comprende: a) la tradición del derecho, o sea la inscripción del título; y b) la «libre posesión, no solamente cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros» (casaciones de 2 de octubre de 1930, XXXVIII, 97, y 24 de julio de 1937, XLV, 329), lo que quiere decir que una cosa es el registro —para transferir el derecho— y otra, la entrega material o la toma de posesión por el adquirente sin obstáculo alguno por parte del tradente ni de extraños, para que se inicie la posesión del comprador. Este *no adquiere*, por tanto, la posesión útil o material del inmueble *por medio del registro del título.*

"2º. Si, quien completa un año en la posesión material de un bien raíz, tiene los interdictos, aún contra el propietario, según doctrina reiterada, es porque la posesión de los inmuebles puede adquirirse *sin registro*, en contra de lo que disponen aquellos preceptos.

"3º. Si, quien habiendo comenzado a poseer sin título inscrito, ha poseído materialmente durante veinte años (art. 2531 C. C.) o durante cinco años (art.

12 ley 200 de 1936), adquiere la propiedad por prescripción extraordinaria o especial agraria, respectivamente, es porque la posesión fue adquirida un día materialmente esto es, sin título, y por consiguiente, sin registro.

"4º. Tampoco tienen sentido dichos textos respecto de la prescripción ordinaria, porque esta requiere posesión regular (art. 2528 C. C.), y la posesión regular exige título generador de la trasferencia del dominio (art. 764 C. C.), título que, si se trata de inmuebles, debe registrarse para efectuar la tradición y dar la publicidad que con el registro se persigue (art. 2637, ords. 1º y 2º).

"En primer lugar, no habrá usucapión de ninguna especie sin posesión material, porque es la única forma que, siendo real y objetiva, contradice inequívocamente el derecho ajeno, de modo que su titular, conociendo la pretensión extraña, pueda defender su propiedad. Ello, de manera uniforme y reiterada contra las fórmulas literales de los artículos 759 y 785, los cuales vienen predicando inútilmente que solo la inscripción da o confiere posesión de los bienes raíces.

"En segundo lugar, el título debe registrarse, como ya se dijo, para efectos de la tradición y publicación del título mismo. Mas, no para transferir posesión alguna, porque el registro de la venta de un inmueble *ajeno, no cancela el registro anterior*, como lo ha repetido la Corte. El «adquirente» va a prescribir porque además de la posesión material tiene un título inscrito, es decir, publicado; pero, *no porque el registro agregue nada desde el punto de vista posesorio*, a la posesión material. El registro no da posesión alguna, ni es posesión de ninguna especie: si la diera o lo fuera, no habría prescripción extraordinaria que pudiera realizarse sin título ni tampoco agraria, a la cual este es ajeno.

"El registro, en la ordinaria cumple, se repite, dos objetivos: transferir el derecho y *publicar* la mutación (art. 2637, ords. 1º y 2º C. C.). No hay una tradición perfecta, porque no es posible traspasar lo que no se tiene (arts. 752, inc. 1º y 1633 C. C.). Se trata de una *pseudo tradición*, inhábil para trasladar la propiedad, pero suficiente para transferir el derecho que pueda tomar sobre la cosa, inclusive para servir de eslabón jurídico entre una posesión material que el «tradente» ha ejecutado y la posesión propia del «adquirente», a fin de completar el lapso de la usucapión. Por esto, en la ordinaria la inscripción carece de sentido posesorio.

"En síntesis, la doctrina jurisprudencial viene repitiendo que al comprador no le da la posesión el registro sino la entrega material; que los interdictos protegen aun al poseedor sin título, esto es, sin inscripción alguna; que en la usucapión ordinaria, el registro carece de alcance posesorio; la extraordinaria se realiza generalmente sin título y en la agraria no juega. Es decir, tales fenómenos, cuya esencia es la posesión material, se cumplen no solo sin necesidad de inscripciones sino también contra las inscripciones de los propietarios.

"II. Artículo 789

"1º. Según el inciso primero del artículo 789, la posesión inscrita cesa en virtud de una forma única: la cancelación del registro, puesto que en este consiste la posesión. Y la cancelación no puede tener lugar sino en tres casos: 1º) por voluntad de las partes; 2º) por una nueva inscripción en que el poseedor inscrito trasfiere su derecho a otro; y 3º) por decreto judicial. Los dos primeros se confunden —si bien admiten una sutil diferencia— ya que uno y otro obedecen a la «voluntad de las partes»;y el tercero sucede cuando el juez reconoce una situación jurídica prevalente sobre el registro actual.

"Si la posesión no depende de la inscripción —como ya se expuso— puesto que no basta registrar la escritura de venta para que el comprador entre a poseer materialmente el inmueble; y si la posesión material —sin inscripción alguna— durante un año, engendra las acciones posesorias, y durante cinco o veinte confiere la propiedad, se comprende que no hay razón en hablar de la cesación de una posesión «inscrita», con fundamento en la cancelación de simples inscripciones carentes de toda acepción posesoria. Hay, sí, razón en hablar de cancelación de inscripciones, en cuanto estas traspasan y prueban el derecho. La nueva inscripción cancela, por sí misma, la anterior, y se repite, no hay por qué ni para qué atribuir a las inscripciones fin alguno relacionado con la posesión.

"2º. El inciso segundo del mismo precepto dice: «Mientras subsiste la inscripción, el que se apodera de la cosa a que se refiere el título inscrito, no adquiere posesión de ella ni pone fin a la posesión existente». Con el artículo 785, este inciso 2º libró en Chile la lucha afanosa por la inscripción de los bienes raíces. Fue una garantía inusitada, un privilegio de que no había memoria, aquello de que habiendo sido inscrito el título de adquisición, quedaban el inmueble y su título protegidos, de manera perpetua, contra todo peligro procedente de la posesión material de terceros. Era una forma de estimular la inscripción de la propiedad inmobiliaria, pero era también el medio de provocar la inacción del propietario, puesto a salvo de los interdictos del poseedor material y de la prescripción extraordinaria.

"Mas aplicado el texto en su alcance literal, pugna a fundamentales principios de organización humana y de régimen de la tierra. Ni en Chile se aplicó de esa suerte, y menos aún entre nosotros, pues la inscripción de los bienes raíces se rigió durante la Colonia y se ha venido rigiendo durante la República por leyes generales sobre registro. Y así sucede que bajo la vigencia del C. C., particularmente después del segundo y tercer lustro del siglo, el inciso segundo del artículo 789 ha sido letra muerta, porque los terceros siempre han podido poseer materialmente los fundos contra los titulares inscritos; siempre han tenido a su favor las acciones posesorias y han prescrito con usucapión extraordinaria, y hoy, además, con la agraria de cinco años.

"Por tanto, si a pesar de hallarse inscrito un inmueble —y en Colombia están inscritos prácticamente todos los que componen la propiedad privada— el que se apodera de él llega a tener a su favor los interdictos y a prescribir con usucapión agraria o extraordinaria, ningún oficio está haciendo, ni sentido alguno jurídico tiene un precepto que reza literalmente todo lo contrario.

"III. Artículo 790

"El inciso segundo del artículo 789 se refiere a los inmuebles inscritos, para disponer que si alguien se apodera de ellos no adquiere la posesión; el artículo 790 se refiere a los *no inscritos,* para decir lo contrario: que sí adquiere la posesión. Este juego de normas opuestas obedeció —como antes se dijo— al propósito del señor BELLO de compulsar a los propietarios de tierras a inscribirlas. Pero, como según la jurisprudencia nacional, en todo caso adquiere la posesión el que se apodera del bien, el artículo 790 no tiene significado, ya que la doctrina jamás ha hecho diferencia, por el aspecto posesorio, entre fincas inscritas y fincas no inscritas.

"IV. Artículo 791

"Este artículo preceptúa que si el mero tenedor de un inmueble inscrito, lo usurpa, es decir, se declara dueño y poseedor de él, *no adquiere la posesión*; pero, si lo enajena a su nombre, el sucesor la adquiere en virtud de la inscripción.

"Lo cual está en pugna con el artículo 2531, que admite la usucapión extraordinaria a favor de quien ha recibido la cosa a título precario, y con el artículo 777, el cual, al disponer que «el simple lapso de tiempo no muda la mera tenencia en posesión», enseña que si con el factor tiempo concurre el desconocimiento del derecho del dueño y este desconocimiento se reviste de actos materiales de propietario, sí se muda la mera tenencia en posesión, y por esto mismo es por lo que el artículo 2531 autoriza la usucapión en dicho evento: si no se consagrara la mutación del título precario en posesión, tal modo de adquirir sería un imposible.

"En la jurisprudencia del país —como se verá adelante— se ha reconocido la prescripción extraordinaria con apoyo en los artículos 777 y 2531, en favor de quien logra la trasformación de su calidad precaria en posesión, esto es, de quien comenzó a poseer *materialmente* el bien raíz, sin título de propiedad, y por tanto, *sin inscripción alguna.* Luego el artículo 791 ha quedado vacío.

"Por lo demás, si el «causahabiente» del mero tenedor que usurpa el inmueble y lo enajena a su nombre, adquiere la posesión, desde la inscripción del título, como dice el inciso 2º del artículo 791, de nada le sirve al «adquirente» la inscripción desde el punto de vista posesorio, *si no posee materialmente* el inmueble durante el lapso requerido para prescribirlo, justamente porque las inscripciones no son posesión, ni dan, ni confieren, ni conservan la posesión.

"V. Artículo 980

"En la primera época este precepto causó los más graves estragos, amparados por el sistema de la exégesis. Cabe recordar que en sustancia fue tomado del Código austríaco, y, que por referirse a la prueba de la posesión, quedó haciendo parte del título de las acciones posesorias, codeándose con el artículo 981 que consagra la norma opuesta, pues si aquel confía esa prueba al registro, este la encomienda a los actos materiales. En Chile se promocionaron debates encendidos sobre la presencia, en un mismo lugar, de tan contradictorias disposiciones. Una tesis sostuvo la aplicación del primero a los inmuebles inscritos, y la del último a los no inscritos, con lo cual quedaba asegurado el imperio de la inscripción, pues en lucha entre uno y otro texto vencería siempre el primero. Otra tesis predicó que la norma que atribuye la prueba de la posesión al registro, así como todas las tocantes a la posesión inscrita, se refieren a los inmuebles incorporales o derechos, mientras la que exige los actos materiales concierne a los bienes raíces corporales, tesis contraria a la realidad histórica y a la naturaleza de las cosas. Porque se poseen las cosas en razón del derecho que se tiene o se cree tener sobre ellas y aun a sabiendas de que no se tiene. El hecho de poseer *las cosas* hace presumir el derecho, esto es, del hecho conocido de la posesión se infiere el desconocido del derecho. Esta presunción se basa en la posesión de las cosas que es lo objetivo y real; no en la posesión de los *derechos*, que es lo subjetivo e inmaterial. De donde se sigue que el problema posesorio no se plantea sino sobre las cosas, como lo planteó el hombre desde el principio, antes de que se hubiesen ordenado las prerrogativas patrimoniales. El hombre poseyó desde un principio las cosas, no los derechos; vinieron los poderes jurídicos después de los poderes naturales, pero por ello la posesión no renegó de su origen histórico: siguió vinculada a las cosas. Primero que la propiedad fue la posesión, porque para poseer bastaba tomar, aprehender físicamente. Cuando las colectividades humanas organizaron el dominio y motivaron sus facultades, clasificándolas en un *ius utendi*, un *ius fruendi* y un *ius abutendi*, hacía siglos que los hombres poseían las cosas, y del incontrastable hecho posesorio brotó la vasta presunción de propiedad con base en ese hecho. Y si hoy se habla de derechos, como bienes constitutivos del patrimonio, la posesión no ha dejado de vivir ligada a las cosas; porque consiste en actos materiales de goce y de trasformación, que no pueden cumplirse sobre las relaciones incorporales e inasibles —que son los derechos— sino sobre los bienes físicos, aptos para soportar los hechos materiales. Por esto es error grave erigir un sistema posesorio a base de derechos y de aquí el fracaso de la posesión inscrita.

"El artículo 980 presenta la inscripción como prueba invulnerable de posesión, siempre que desde su fecha haya corrido un año completo. Aplicado así, la posesión material ningún valor tendría, aún cuando fuese de años: el poseedor inscrito podría recuperar siempre el inmueble, con acción posesoria, al paso que jamás podría el material ejercerla contra el poseedor inscrito. Posesiones inscritas trasmitidas de generación a generación, a través de los registros que jamás tuvieron el respaldo de los actos posesorios, y que no obstante prevalecieron sobre el trabajo de largos años: no se produjo agresión más áspera a la equidad, ni embestida de mayor poder disolvente a la institución posesoria. Lo cual se aplicó así en un principio para escarnio de la justicia, en un país de vastos territorios incultos y extensas tierras privadas, desconocidas de sus dueños y hurtadas al trabajo al abrigo de las inscripciones. Mas, no después, como adelante se verá, porque triunfó el espíritu sobre la letra de los textos, y hoy el artículo 980 carece de papel en los fenómenos de la posesión.

"VI. Artículo 2526

"Categórico como todos los preceptos sobre la posesión inscrita este artículo enseña que el dominio de los inmuebles cuyos títulos están inscritos, no puede adquirirse sino por medio de la prescripción ordinaria. Vuelve aquí la institución a impulsar el registro de los bienes raíces, disponiendo que al hallarse registrados pueden sus titulares permanecer tranquilos respecto de terceros poseedores que aspiren a una usucapión extraordinaria sin título.

"Pero si de un lado se trataba de avivar el registro de los bienes raíces, de otro se suprimía la usucapión extraordinaria de los inmuebles inscritos. Respecto de estos la verdadera posesión nada podía alcanzar, si no mediaba un título registrado. Lo cual constituía un asalto a la prescripción, mutilada de esa suerte en uno de sus aspectos de mayor alcance social: como modo de adquirir, sin título, con toda clase de posesiones irregulares, ejercidas por el poseedor inicial y por los sucesivos poseedores, y como prueba máxima, invulnerable, de la propiedad.

"Esta disposición se ha quedado escrita, porque no hay juez que se niegue a declarar una usucapión extraordinaria de bienes inmuebles, contra el propietario que tiene su título inscrito.

"Tercera parte

"La posesión inscrita y la doctrina jurisprudencial

"En Colombia fue acogido el nuevo estatuto por ilustres juristas como Fernando Vélez y Eduardo Rodríguez Piñeres (v. sus obras de *Derecho civil*, t. 3º, núms. 258 y 736 y ss. y t. 3º núms. 674 y 595, respectivamente). El primero con algunas reservas. La doctrina jurisprudencial lo aplicó con visible vacilación en la primera época que cubre hasta los dos o tres primeros lustros de este siglo; no le dispensó una aceptación completa, pero sí bastante para causar profundo agravio a la equidad en los juicios posesorios principalmente, en los cuales prevalecían las inscripciones sobre la posesión material de la tierra, a la cual tanto desposeído de ella había entregado por mucho tiempo vida y trabajo. Así, la Corte dijo en 1889: «Si en juicio ordinario de deslinde una parte pretende probar que ha estado en posesión de la parte de terreno disputada, por medio de declaraciones testimoniales, y la otra pretende probar lo mismo con título inscrito, *debe prevalecer* la prueba del título inscrito» (casación de 22 de junio, I, 197); en 1901: «La ley distingue entre la prueba de la *posesión de los derechos reales*, que la constituye la *inscripción* en el registro de instrumentos públicos, y la posesión de los corporales» (casación de 10 de septiembre, XVIII 388); en el mismo año: «Mientras subsistía la inscripción el que se apodere de la cosa a que se refiere el título *inscrito*, no adquiere posesión de ella, ni pone fin a la posesión existente» (casación de 18 de septiembre, XXV, 185); en 1911: «La posesión de los bienes raíces no la adquiere el comprador sino cuando se ha efectuado la tradición de ellos por la *inscripción* del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos» (casación de 4 de julio, XX, 60); y en 1917: «Lo que da la posesión de un inmueble es el registro del respectivo título traslaticio de dominio: su cancelación no la produce; lejos de esto la suspende» (casación de 21 de marzo, XXVI, 21).

"Estas doctrinas originadas en el más alto tribunal de justicia del país, influyeron en los jueces, de manera que la posesión quedó afectada en su esencia por los textos que en el C. C. señalaron al registro una función posesoria. Pero no pasaron muchos años sin que la jurisprudencia comenzara a rectificar sus pasos.

"I. En casación de 10 de mayo de 1899, no obstante corresponder a la primera época, se lee lo siguiente: «Es preciso reconocer que los demandantes no han comprobado satisfactoriamente el derecho que invocan, porque si bien es cierto que con la exhibición de las escrituras demuestran que tienen el dominio de la finca, *no por eso debe entenderse probado que tengan la posesión real o efectiva*. La posesión en los juicios posesorios, y especialmente en el despojo, no se prueba por las escrituras públicas que acreditan el dominio o derecho sobre el fundo en cuestión...» (XXV, 199). Lo cual era un desconocimiento de los artículos 759, 785, 789 inciso 2º, y 980.

"II. En casación de 7 de octubre de 1913: «El dueño y poseedor regular de una cosa puede dejar de ejecutar esos hechos posesorios, *sin peligro mientras otros no los ejecutan, sobre la misma cosa*. Desde que otro ejerce esos hechos o actos posesorios sobre cosa ajena, se pone el dueño, si no los impide, por los medios que la ley pone en sus manos para ello, en el camino de perder el dominio de lo que le pertenece» (XXIII, 206). Doctrina francamente opuesta

a dichos preceptos y al artículo 2526, además, según el cual no hay usucapión extraordinaria, sin título, contra los inmuebles cuyos instrumentos de adquisición se hallen registrados.

"III. En casaciones de 24 de agosto de 1916 y 21 de julio de 1922 (XXV, 448 y XXIX, 247), dijo la Corte que la presunción de propiedad consagrada en el inciso 2º del artículo 162, reposa, en lo tocante a bienes raíces, en la posesión material, lo cual puede estimarse como un desconocimiento del pretendido valor posesorio de las inscripciones, pues si lo tuviesen, la presunción descansaría en ellas, de acuerdo con las fórmulas de los artículos 759, 785 y 789 inciso 2º.

"IV. Casación de 30 de mayo de 1913 (XXI, 209) dice que es la posesión material la base de la usucapión extraordinaria: «No es el título registrado, aun cuando tenga treinta años, sino el ejercicio de la posesión no interrumpida en ese lapso lo que sirve de fundamento a la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio». Y en sentencia de 15 de diciembre del mismo año (XXII, 384): «La posesión necesaria para ganar por prescripción el dominio de inmuebles no se adquiriere con el registro del título; es necesaria la tenencia de la cosa». La misma doctrina había consagrado la casación de 21 de septiembre de 1911 (XX, 282). Fallo de noviembre 3 de 1932 (XL, 609) agrega: «De modo que al admitir esta prueba en el caso no violó el sentenciador el *artículo 789 del Código Civil, porque esta disposición hay que entenderla sin perjuicio* de las *disposiciones del mismo Código Civil, sobre prescripción extraordinaria.* Si así no fuera, no obstante una posesión material y no interrumpida de treinta años, contra el que aduce un título inscrito, *subsistirá* a su favor el derecho de dominio en bienes raíces, y serían letra muerta las disposiciones de los artículos 2531 y 2532 del Código Civil. Por eso la Corte ha rechazado la tesis contraria, que es la que invoca el autor del recurso, como se ve en el fallo publicado en la *Gaceta Judicial*, números 906 y 907». Y en casación de 1º de septiembre de 1950 (LXVIII, 21): «Huelga insistir en que tratándose de causas sobre prescripción, cuando quiera que la controversia se suscita sobre la posesión, debe entenderse por esta, no la meramente inscrita, sino la real o efectiva consistente en la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño».

"Empero, según los preceptos tantas veces citados, la posesión de los bienes raíces no puede adquirirse sino mediante la inscripción; de suerte que si ellos hubiesen sido acatados por jueces y tribunales no se habría consumado en el país una sola prescripción extraordinaria contra títulos inscritos.

"V. La Corte no solo ha consagrado la doctrina anterior; ha predicado, además, que según el artículo 2531, el mero tenedor puede trasformar su título en el de *poseedor,* si realmente llega a poseer, sin necesidad de *inscripción alguna*, en contra de lo que preceptúa literalmente el artículo 791, según el cual el que usurpa la cosa que recibió en mera tenencia, no adquiere la posesión ni pone fin a la posesión existente (v. casación de 27 de julio de 1935, XIII, 338).

"VI. Casación de 27 de mayo de 1920 (XXVIII, 70) enseña que en caso de pugna entre una posesión material y un título registrado este debe ceder a aquella, siempre que el título sea de fecha posterior a la inicial de la posesión, lo cual quiere decir que hay posesión sin título, y por lo mismo sin inscripción.

"VII. Según las casaciones de 27 de julio de 1918 (XXVI, 373), 21 de marzo de 1927 (XXXIV, 54), 2 de octubre de 1930 (XXXVIII, 97) y 24 de julio de 1937 (XLV, 329), la *posesión* que le permite al comprador el goce del inmueble, no se realiza mediante el registro: «El art. 1880 significa, según lo tiene declarado la Corte, que 'la obligación de entregar la cosa vendida ha de tener en su cumplimiento dos efectos necesarios: trasmitir la propiedad, esto es, el derecho de tener y poseer la cosa a título de dueño, *rem licere habere*, y trasferirle la libre posesión, no solamente cívica sino física, exenta de todo obstáculo, tanto de parte del vendedor como de terceros, *vacuam posesionem*'. Y en aplicación de estos principios, la Corte ha declarado también que con la sola inscripción y registro del título de compraventa de una finca raíz, no queda cumplida en todo caso la obligación del vendedor de hacer entrega de la cosa vendida. La posesión material que le permite el goce de los servicios y frutos de la finca no se realiza por el solo registro de la escritura». Por tanto, se transfiere la propiedad por medio del registro; la posesión se recibe o se toma materialmente, desde que no haya obstáculo por parte de vendedor y terceros. Luego, la inscripción no tiene función posesoria, contra lo dispuesto en los artículos 759, 785 y 789 inciso 2º.

"VIII. El artículo 1871 del C. C. estatuye la validez de la venta de cosa ajena, como desarrollo del principio romano según el cual el contrato no produce sino obligaciones. Dicho texto fue siempre obstáculo a la aplicación de la toma de la posesión inscrita, porque a pesar de disponer el inciso 1º del artículo 789 que "para que cese la posesión inscrita, es necesario que la inscripción se cancele", el registro del título de venta de cosa de otro no cancela el registro ni hace cesar la posesión inscrita del dueño, como lo ha repetido la Corte y quedó expuesto antes (casaciones de 15 de noviembre de 1930 XXXVIII, 323, y 3 de noviembre de 1932, XL, 609). «No es dable —dicen estas sentencias— tomar aisladamente el primer inciso del citado artículo 789, sino que hay que ponerlo en relación con otras disposiciones para comprender su alcance, pues de otra suerte serían letra muerta varios artículos, como el 1871, que reconoce como válida la venta de la cosa ajena, de donde resulta que el comprador de esta pueda ganarla por inscripción, naturalmente contra el dueño; y es de anotar que dicho comprador no está en ninguno de los casos del primer inciso del artículo 789». Y entonces sucede que el comprador prescribe el dominio *contra una posesión inscrita viva, por virtud de la posesión material no interrumpida.* Si la inscrita fuese lo que dicen los textos, la usucapión no podría cumplirse y la validez de la venta de la cosa ajena, en cuanto a inmuebles, no existiría, con desconocimiento del artículo 1871 y quebranto de los principios que gobiernan la legislación en punto a efectos del consentimiento.

"IX. En la casación de 24 de julio de 1937 (XIV, 329) la Corte declara que la ley 200 de 1936 «ha solucionado el conflicto doctrinario entre las teorías de las posesiones inscritas y material sobre bienes raíces rurales en el sentido de la prevalencia de esta última». Con más exactitud, la solución se produjo paulatinamente, a medida que la doctrina fue rectificando sus primeros pasos, sin olvidar que algunos de los más significativos efectos posesorios se cumplieron desde un principio, aun contra las voces imperativas de las disposiciones sobre la posesión tabular; de manera que cuando el nuevo estatuto de la tierra fue expedido, ya la inoperancia de las disposiciones sobre dicha posesión era un hecho firme en la jurisprudencia.

"En efecto: la Corte había dicho antes que la inscripción no da la posesión al comprador: que el que se apodera de un fundo, lo posee, contra la inscripción del titular; que la posesión material por más de un año, crea para quien la ejecuta, las acciones posesorias, aun contra el propietario; que el registro de venta de cosa ajena no cancela el registro anterior, y sin embargo contra ese registro prescribe el comprador, etc. De esta suerte, de la posesión inscrita no había quedado prácticamente sino el molde objetivo.

"Por eso mismo la ley 200 ignora la posesión inscrita. En su artículo 1º consagra en el fondo la ocupación como modo de adquirir los baldíos: la ocupación es la negación tajante de la posesión inscrita. El artículo 4º fue concebido para resolver los más graves conflictos de la época entre el colono de más de dos y menos de treinta años de posesión material y el propietario del suelo. La reversión a favor de la Nación, establecida en el artículo 6º, es sanción para el propietario que deja de poseer la tierra materialmente con explotación económica. El artículo 12 consagra una usucapión especial de la tierra, a base de esta misma clase de posesión material; y el artículo 19 pone los interdictos en manos de los poseedores con explotación económica.

"Por otra parte, el artículo 3º, al consagrar la cadena de títulos por el lapso de veinte años, como prueba de la propiedad de la tierra, frente a la Nación, no habla de posesiones inscritas, sino de «títulos inscritos» y de «tradiciones de dominio», esto es, de las inscripciones en su función propia de transferir y probar el derecho. Lo mismo estatuye el artículo 7º, respecto de la propiedad urbana. Y el artículo 4º, al señalar la tarifa de pruebas a que puede acudir el dueño contra los poseedores contemplados allí, no habla de posesión inscrita, sino de títulos originarios y traslaticios.

"De lo cual se infiere, por lo demás, que cuantas incidencias de orden posesorio registra dicha ley, son fruto de la posesión material económica, con manifiesta tendencia objetivista, por una parte; por otra, se cumplen no solo sin influjo de la posesión inscrita sino también contra ella misma. Por ello puede tenerse la ley 200 como culminación y a la vez refrendación de la doctrina, en su empeño de despejar el ámbito de la institución del intento de atribuir a las inscripciones de los títulos un valor posesorio.

"X. Las leyes han acentuado en los últimos años la misión posesoria del poder de hecho sobre la cosas, con marcada orientación objetivista:

"A) La ley 120 de 1928 (art. 2º) brinda a quien haya prescrito el dominio sobre inmuebles, esto es, a quien los haya poseído materialmente por el lapso y según las condiciones de la ley, una acción declarativa de pertenencia de la propiedad, norma sin duda aplicable también a la prescripción agraria del artículo 12 de la ley 200 de 1936; y la ley 51 de 1943 (art. 9º), atribuye efectos *erga omnes* a la sentencia dictada en ejercicio de dicha acción. La ley confió esta empresa nacional de saneamiento de la propiedad raíz a la posesión material, ya que el fallo no es sino el título declarativo del derecho de dominio preadquirido mediante la prescripción, y el registro del fallo —sobra agregar— no persigue sino publicar el hecho de la adquisición.

"B) La citada ley 51 de 1943 (art. 1º) permite al *condómine* prescribir el predio común o parte de él contra los demás copartícipes, en consideración a la firmeza de una posesión material exclusiva, clausurando de tal manera un largo debate doctrinario y jurisprudencial.

"C) La ley 200 de 1936 (art. 1º) erige la posesión material económica en forma de adquirir y probar el dominio privado sobre las tierras baldías; limita en el 4º la tarifa de pruebas de la propiedad del suelo, en favor del poseedor material de las condiciones allí previstas: encomienda en el 6º la conservación de la propiedad de los fundos rurales a la posesión material económica, y el 19 declara que: los interdictos protegen únicamente dicha especie de posesión.

"D) No sobra agregar que el artículo 635 del C. J. promulgado en 1931 dispone que la suficiencia de un título se acredita por medio de un certificado del registrador en que se exprese que la inscripción no ha sido cancelada por ninguno de los medios señalados en el artículo 789 del C. C.: el precepto se refiere al registro, no a la posesión inscrita, siendo así que el artículo 789 no habla sino de *posesión inscrita y cesación de la posesión inscrita*. Esto prueba que para el legislador de aquel año la inscripción no tenía otro cometido que el de transferir la propiedad y probar la titularidad del derecho.

"XI. Si, de acuerdo con la referida sentencia de 24 de julio de 1937, la ley 200 puso fin a la pugna entre las dos posesiones, en lo que atañe a la tierra del campo, en virtud de la preeminencia de la verdadera posesión, al presente fallo corresponde reiterarlo sin distingo, el cual no hallaría razón en la trayectoria de la jurisprudencia ni en la sustancia de fenómenos reales semejantes que en el ámbito de la posesión reclaman un mismo tratamiento jurídico. Y al declarar, en consecuencia, que no hay, una posesión inscrita en el derecho colombiano, la Corte cumple su función doctrinaria, en beneficio de la institución posesoria, libre ya de contradicciones abruptas entre unos y otros textos; del criterio de jueces y abogados, perturbado aun —como lo demuestran la demanda y la sentencia en el presente juicio— por unas disposiciones legales que sobreviven formalmente a la labor jurisprudencial; la enseñaza del derecho, no totalmente unificada todavía en esta materia, y el nombre de un país de exten-

sos territorios incultos, que conserva en sus leyes las piezas de un sistema contrario al ingreso de la tierra a la economía nacional, a la realidad histórica y a la justicia".

B) *Efectos probatorios de la escritura pública sin registrar*

Sentencia de julio 16 de 1993, expediente 3269
Magistrado ponente: Doctor Nicolás Bechara Simancas

"1. A título de introducción conviene hacer algunas precisiones doctrinales sobre el hecho de si en un litigio relativo a una pretensión de rescisión por lesión enorme en la venta de un bien raíz, la escritura contentiva del mismo, sin nota de registro o sin prueba del mismo, puede o no ser aceptada por el juzgador para demostrar la existencia del negocio y, por ende, la posibilidad de demandar, por uno de los contratantes frente al otro, la rescisión por lesión enorme.

"2. Dentro de las diferentes clases de inmuebles que enuncia la jurisprudencia, ha considerado que las mejoras existentes en los predios, mientras adhieran permanentemente al suelo, asumen la calidad de inmuebles por incorporación o adhesión y, por consiguiente, cuando son objeto de un contrato de compraventa, para que este se repute perfecto ante la ley, debe otorgarse por escritura pública tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1857 del Código Civil. Más exactamente el contrato de compraventa sobre bienes inmuebles queda perfecto desde que las partes, convenidas en la cosa y en el precio, otorgan la correspondiente escritura pública. El registro del contrato, en la oficina correspondiente, no forma parte de la solemnidad misma, puesto que cumple otros fines, entre ellos, el de efectuar la tradición del derecho de dominio (arts. 756 y 759 del C. C.)

"3. Cuando el contrato de compraventa versa sobre inmuebles, para demostrar su existencia entre las partes, por ende, su contenido, mas no la tradición, solo se requiere aportar la escritura pública o el instrumento notarial que lo contiene: de suerte que la escritura pública cumple una doble función, pues por una parte es solemnidad *ad substantiam actus* y, por otra, es solemnidad *ad probationem*.

"4. Precisamente, bajo el imperio de la legislación derogada (art. 2673 del C. C. y 630 del C. J.), que por cierto era demasiado severa al no concederle efectos probatorios en "juicio" a un título sujeto a registro que no hubiere sido inscrito en la oficina correspondiente, o que no se presentare con la nota de registro, la jurisprudencia en ese entonces sentó criterio semejante al atrás expuesto, pues afirmó que la falta de registro de la escritura de venta de inmuebles no impide a la parte contratante promover frente a las otras acciones de cumplimiento o de resolución del contrato, pues al efecto dijo en fallo del 28 de julio de 1965 que «corrida la escritura pública, esta prueba la existencia del vínculo jurídico contraído entre los contratantes y acredita la realidad de los

convenios solemnes contenidos en la escritura, y, como el contrato de venta de bienes raíces es origen de obligaciones y derechos personales, perfeccionado el mencionado contrato en la forma expuesta, las partes pueden exigirse el cumplimiento de las obligaciones recíprocas, entre estas, las que surgen de manera inmediata de la celebración del contrato.

"Más adelante agregó que en la compraventa de bienes, «es preciso distinguir dos actos distintos y sucesivos: el contrato en sí mismo y el registro. La perfección del acto solemne se agota por la escritura pública. El registro efectúa la tradición del dominio. Cada uno de estos actos tiene su propia finalidad, como ya se dijo. El primero solemniza el acuerdo de voluntades y crea el vínculo de derecho y las obligaciones respectivas entre los contratantes. Verifica la tradición el segundo. Se ve por lo anterior que sería violatorio del artículo 1857 del Código Civil exigir para el perfeccionamiento de los contratos a que esa norma se refiere, no solo la solemnidad que de suyo ostenta la escritura pública, sino, además, su registro, instituido por el legislador como medio para transferir el dominio y si el contrato es perfecto y su clase o tipo bilateral, está protegido por las acciones previstas en el artículo 1546 del ordenamiento civil. De donde, la falta de registro de la escritura pública de venta de inmuebles (...) no enerva la acción de resolución de un contrato que adquirió perfección por escritura pública" ("G. J.", ts. CXIII y CXIV, págs. 136 y 137).

"Más aún, con antelación al criterio doctrinal que se acaba de transcribir, la Corte respecto de una pretensión de rescisión por lesión enorme, la encontró procedente, al juzgar que la escritura pública, sin nota de registro, era bastante, entre las partes, para acreditar el contrato de compraventa de un bien raíz y el contenido de sus cláusulas, pues en el punto dijo:

"«... el instrumento notarial en sí mismo, con abstracción de la nota de registro y según fue allegado en primera instancia, era insuficiente entre las partes, tanto como formalidad sustancial de la compraventa, como para demostrar a plenitud el contrato y establecer en concreto el contenido de sus cláusulas. Porque si de acuerdo con el artículo 1857 del C. C. la compraventa es contrato consensual por excelencia, y solo por excepción 'la venta de bienes raíces y servidumbres de una sucesión hereditaria, no se reputan perfectas ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública', no puede remitirse a duda que al acto notarial sin registro alguno, forma, solemniza y prueba plenamente entre las partes el contrato de compraventa celebrado, en fuerza de la misma ley, como título y no como modo de adquirir la propiedad. No se trata, en efecto, de afirmar y probar titularidad de dominio frente a terceros, lo que atañe a la anotación de la escritura en el registro público, sino de medir el contenido jurídico de la compraventa como contrato y entre quienes concurrieron a su perfeccionamiento. Cuestión que arranca del propio instrumento notarial como formalidad *ad substantiam* y a la vez como auténtico medio de prueba entre las partes» (cas. civ. de 29 de abril de 1964, t. CVII, págs. 112 y 113).

"Posteriormente la Corte, al decidir un litigio contentivo de una pretensión de rescisión por lesión enorme y en la que se controvertía en el recurso extraordinario de casación la circunstancia de no ofrecer la escritura pública de compraventa de un bien raíz la nota de registro correspondiente volvió a reiterar la doctrina precedentemente transcrita, como puede verse en fallo de 19 de abril de 1971 (t. CXXXVIII, págs. 258 y 259).

"La posición doctrinal antes reseñada mantiene su vigencia bajo la legislación actual, pues si bien establece que cuando se trata de escrituras públicas sujetas a registro, la copia que se aduzca debe llevar la nota de haberse efectuado la inscripción en la oficina de registro correspondiente, también dispone que si la copia no contiene la nota de inscripción, tal instrumento notarial «solo producirá efectos probatorios entre los otorgantes y sus causahabientes» (art. 256 del C. de P. C.), sin perjuicio, claro está, de establecer el registro para aquellos efectos que por exigencia legal se originen en este y sin el cual no pueden considerarse constituidos o cumplidos, como la tradición (art. 43, decreto 1250 de 1970).

"5. Como en la especie de esta litis no se trata de una controversia de dominio, sino de una acción personal entre quienes fueron parte en el contrato de compraventa de un bien raíz, la copia de la escritura pública sin nota de registro prueba o produce efectos probatorios entre sus otorgantes".

C) *Certificado de tradición no prueba el título de dominio*

Sentencia del 12 de diciembre de 1986
Magistrado ponente: Doctor Eduardo García Sarmiento

"Consideraciones de la Corte

"En efecto, los certificados expedidos por las oficinas de registro de instrumentos públicos, como surge del artículo 54 del decreto 1250 de 1970, son constancias sobre la situación jurídica de los bienes sometidos a registro, «mediante la reproducción fiel y total de las inscripciones respectivas». De manera que si bien estos certificados son documentos públicos, de conformidad con el artículo 262 del C. de P. C., su alcance probatorio, de acuerdo con el 264 ibídem, se contrae a la fecha de su otorgamiento y a las declaraciones que haga el funcionario que los autoriza. Las declaraciones que hace el registrador se refieren a los documentos que se le adujeron para su inscripción, pero en manera alguna prueban por sí solos el acto jurídico causa de la adquisición del derecho sobre los bienes.

"Además el artículo 2° del mismo decreto 1250 al indicar lo que debe inscribirse en el registro, hace mención clara a los actos, contratos, providencias judiciales, administrativas o arbitrales que impliquen constitución, aclaración, adjudicación, modificación, traslación o extensión de dominio u otro derecho

real principal o accesorio sobre bienes raíces, salvo la cesión del crédito hipotecario o prendario. De donde se deduce que el título es la causa de adquisición del derecho real, cuyo ingreso al patrimonio se produce por el modo. El negocio jurídico o la providencia judicial o administrativa en virtud de la cual se ejecuta la forma jurídica consistente en el modo, es el que constituye en título, que debiendo constar en documento público debe inscribirse en el registro. Por lo tanto, cuando se exige la prueba del dominio mediante el título respectivo, se hace relación al acto o negocio causa del modo. El certificado del registrador demuestra, pues, que al funcionario se le presentaron documentos para su inscripción y prueba la situación jurídica de los bienes, pero no está probando el título del dominio.

"Menos constituyen título de propiedad privada las copias de actuaciones judiciales aun expedidas por los secretarios del despacho en que reposan los originales, pues deben ser autorizadas por el juez, como se desprende del artículo 254 del C. de P. C., sin que a ello se opongan las previsiones de los artículos 43 y 44 del decreto 1250 citado, puesto que precisamente estas disposiciones advierten que los títulos o instrumentos sujetos a inscripción o registro no producen mérito probatorio si no han sido debidamente inscritos o registrados en la respectiva oficina y que por lo general no surten efectos respecto de terceros sino desde la fecha de su registro.

"De manera que los certificados de registro y las copias de adjudicaciones en procesos divisorios, expedidas estas por los secretarios de la oficina judicial, no constituyen título que demuestre el dominio o propiedad de bienes raíces. Dichos documentos tienen el valor probatorio acerca de su otorgamiento, su fecha y de las declaraciones que hace el funcionario que lo expide, mas no del acto jurídico o contrato causa de la adquisición del derecho real.

"La prueba del dominio de un bien raíz —ha dicho la Corte— está constituida por el título. Cuando el demandante ha adquirido el bien por compra, su título de dominio no puede ser otro que la copia auténtica de la escritura correspondiente, con la nota de registro del caso. El certificado del registrador que también debe allegarse como prueba al proceso reivindicatorio, no suple aquella prueba, sino que se limita a demostrar que la inscripción de la escritura está aún vigente; dicho en otras palabras, que el comprador del bien todavía es dueño del mismo (sentencia de 8 de abril de 1983).

"Por consiguiente, aunque el Tribunal hubiera valorado individualmente y en conjunto los certificados del registrador y la copia a que el recurrente se refiere, la conclusión a que habría llegado con base en el título que estimó, sería la misma. Luego el error de hecho en que hubiera incurrido resulta intrascendente, lo que significa que el fallo atacado continúa con el soporte probatorio en que se basó y, por ende, que el yerro que se le achaca en manera alguna es suficiente para quebrarlo".

D) *Certificado del registrador para el proceso de pertenencia*

Sentencia del 5 de septiembre de 1987
Magistrado ponente: Doctor José Alejandro Bonivento Fernández

"Para la parte recurrente, el proceso que se revisa está afectado de nulidad por cuanto la persona que fue demandada no era la que figuraba como propietaria inscrita del inmueble prescrito sino, precisamente, uno de los demandantes en este litigio, es decir, que se le cercenó el derecho de comparecer al respectivo juicio en cuanto no se le emplazó como era de rigor procesal y sustancial.

"La causa, pues, para pedir, en este caso, se resume en la circunstancia de que el demandante de la pertenencia, para dar cumplimiento al artículo 413 del C. de P. C., allegó un certificado de tradición del inmueble expedido el 17 de octubre de 1977, en el cual figuraba como propietario Miguel Herrera y que según otro certificado, que aportó para la fecha de presentación de la demanda de revisión, el inmueble se encontraba en cabeza de María del Tránsito Novoa de Gómez, quien lo adquirió por compraventa que hizo a Herrera León el 14 de julio de 1975, según escritura pública número 373 de la Notaría de Gachetá.

"En efecto, confrontada la realidad procesal, se observa que durante la etapa de reconstrucción del expediente, se trabajó copia del folio real de matrícula inmobiliaria expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos el 17 de octubre de 1977 en el cual aparece que el dueño del inmueble que fue objeto del proceso de pertenencia, para esa época, era Miguel Herrera León, a quien se le adjudicó en el proceso sucesorio de Diógenes Méndez. Otra copia del mismo obra a folio 98.

"Es evidente que a la demanda, como dispone el artículo 413 del C. de P. C., «deberá acompañarse un certificado del registrador de instrumentos públicos acerca de las personas que figuren como titulares de derechos reales sujetos a registro o de que no aparece ninguna como tal. Siempre que en el certificado figure alguna persona como titular de un derecho real principal sobre el bien, deberá dirigirse contra ella».

"En el caso bajo análisis, se observa que el certificado que se acompañó con la demanda introductoria del proceso de pertenencia indicaba a Miguel Herrera León como titular del derecho de dominio. Y esta circunstancia es reconocida por ambas partes. Solo que el recurrente ahora en revisión muestra o presenta un certificado del mismo funcionario de registro en el que indica como propietario inscrito para la época en que se demandó la declaratoria de pertenencia a la señora María del Tránsito Novoa de Gómez.

"Se puede pensar, en un primer momento, que el demandante de la pertenencia cumplió cabalmente con el mandato del artículo 413 al aportar un certificado de la oficina de registro en el que aparece Miguel Herrera León como titular del derecho de dominio del inmueble, es decir, se demandó a la persona que figuraba como tal; y, de ese modo, cerrar la posibilidad de la revisión por ese aspecto. Empero, se tiene que entender que la exigencia del citado artículo 413-5 es de superior contenido. No es la certificación que se aporte la que en verdad, de manera inmodificable o absoluta, impone la consecuencia o la convocatoria plena para la declaración de pertenencia, puesto que no siempre el certificado que se lleve al plenario, puede mostrar la realidad de las inscripciones, si resulta incompleto, como aconteció en el caso en estudio. Es la verdadera situación jurídica existente alrededor del inmueble, cuya prescripción se recaba, la que sirve para alcanzar la verificación de la titularidad del derecho en el campo del proceso administrativo de registro, pues, no resulta inalterable lo que se consigue en un certificado, si este no recoge el estado jurídico real del predio.

"La figuración, por tanto, no es de simple rótulo o mención. Lo que exige la ley es que se tenga el verdadero titular del dominio. Los yerros que cometan los funcionarios públicos, encargados de la labor de llevar el registro y, por consiguiente, de expedir las certificaciones pertinentes, no pueden alterar su situación jurídica. Frente a este último, deberá confrontarse en aquellos bienes sometidos a registro «mediante la reproducción fiel u total de las inscripciones respectivas» —artículo 54 del decreto 1250 de 1970—. Aquí, entonces, se compromete la publicidad, empero no para debilitar o cercenar los verdaderos derechos de terceros y, para de esa manera, permitir el desconocimiento de los intereses de los titulares del dominio, sino para una definición de la controversia en el campo de la verdadera situación jurídica.

"Se resalta en este proceso que el señor Miguel Herrera León no era el titular del dominio para la época en que se demandó la pertenencia, no obstante que en el certificado aportado se hizo consignar una situación contraria. La persona que tenía la calidad de propietaria del derecho de dominio era María del Tránsito Novoa de Gómez, quien a su vez lo había comprado a Miguel Herrera León mediante escritura pública 373 del 14 de julio de 1975 de la Notaría de Gachetá, registrada el 25 de noviembre de 1975 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá. Es decir, que por el modo de la tradición la mencionada señora Novoa de Gómez se hizo al dominio del inmueble materia del proceso de pertenencia. Y a su vez, los demandantes en revisión lo obtuvieron por adjudicación que se hiciera mediante sentencia de remate proferida por el Juzgado 33 Civil Municipal de Bogotá, registrada el 27 de marzo de 1981.

"En esas condiciones, la circunstancia de que el prescribiente hubiese llevado al proceso de pertenencia un certificado del registrador de instrumentos públicos de Bogotá no puede habilitar o legitimar una pretensión exclusivamente contra el que figuraba en el documento mencionado si la situación jurídica para ese entonces, como claramente se observa en el proceso, denota

una cuestión distinta. La persona que ha debido ser demandada era María del tránsito Novoa de Gómez, a la sazón dueña o titular del dominio. Y ella y nadie distinta a ella, era la persona a ser convocada al proceso de pertenencia. Como así no se hizo, resulta incuestionable que se emplazó al que no estaba legitimado pasivamente para comparecer al proceso por haber enajenado el derecho de dominio sobre el predio. Y de este comportamiento procesal ha de devenir la nulidad deprecada por los demandantes en revisión.

"Dijo la Corte en sentencia del 30 de noviembre de 1978:

"No dirigir la demanda contra quien es el titular del derecho de dominio, contra quien figura en la oficina de registro como sujeto de derechos reales principales, cuando se sabe quién es esta persona o cuando existe motivo razonable para inferir que el demandante no podía ignorar esa circunstancia, es suceso que comporta ruda agresión al derecho de defensa de quién, si hubiera sido demandado, habría sido legítimo opositor. Esta violación del derecho de defensa se sanciona por el legislador elevando a la categoría de nulidad tal hecho, al preceptuar que el proceso es nulo cuando no se practica en legal forma la notificación o el emplazamiento de personas que deben ser citadas como parte (152-9) y al establecer que este episodio genera causa de revisión del proceso (artículo 380-7).

"Y al resultar próspera la causal 7ª de revisión, la excepción propuesta por el demandado está llamada al fracaso".

Sección II. *Consejo de Estado*

A) *Improcedencia del recurso de apelación contra los actos de los registradores de instrumentos públicos*

Sala de Consulta y Servicio Civil

Consejero ponente: Doctor Javier Henao Hidrón

Santa Fe de Bogotá D. C., veinticinco (25) de marzo de mil novecientos noventa y cuatro (1994).

"El señor Ministro de Justicia y del Derecho, doctor Andrés González Díaz, formula a la Sala la siguiente consulta:

"«¿Es jurídicamente viable determinar que en tratándose de asuntos exclusivamente registrales, contra las decisiones que toma el señor Registrador de Instrumentos Públicos solamente procede el recurso de reposición y en consecuencia es improcedente el recurso de apelación para ante el Superintendente de Notariado y Registro, por no ser este último para estos efectos su inmediato superior?»

"La Sala considera y responde:

"Al regular los recursos en la vía gubernativa, el Código Contencioso Administrativo (decreto-ley 01 de 1984, artículo 50), dispone que, por regla general, contra los actos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que aclare, modifique o revoque.

"2. El de apelación, para ante el inmediato superior administrativo, con el mismo propósito; y

"3. El de queja, cuando se rechace el de apelación.

"Con respecto a la apelación, y de conformidad con el principio según el cual no procede dicho recurso cuando la decisión es tomada por el superior, la disposición mencionada hace la aclaración pertinente en los siguientes términos: «No habrá apelación de las decisiones de los ministros, jefes (hoy directores) de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas o de las unidades administrativas especiales que tengan personería jurídica».

"Pues bien, ni del decreto-ley 1250 o estatuto de registro de instrumentos públicos, ni del estatuto posterior contenido en el decreto-ley 1659 de 1978, ni del que reestructura la Superintendencia de Notariado y Registro, dictado más recientemente (decreto-ley 2158 de 1992), es jurídicamente admisible deducir que las oficinas de registro de instrumentos públicos hubiesen sido sometidas para el cumplimiento de su función de registro de los documentos sometidos a esta formalidad, a un régimen que no fuese el de autonomía, no obstante funcionar como dependencias de la Superintendencia del ramo. Por el contrario, ese régimen está implícito en aquellos dos primeros decretos y en el último de ellos, pues manifestación explícita ya no admite dudas, al disponerse en su artículo 27 que dichas oficinas son autónomas en el ejercicio de la función de registro.

"Por lo demás, el acto de registro no pone término a un procedimiento administrativo y por lo mismo no es el caso de notificarlo personalmente al interesado o interesados. Por este motivo, contra él no es posible proponer los recursos pertinentes. De ahí el siguiente precepto del Código Contencioso Administrativo: «Los actos de inscripción realizados por las entidades encargadas de llevar los registros públicos se entenderán notificados el día en que se efectúe la correspondiente anotación» (decreto-ley 01 de 1984, art. 44, inciso cuarto). Empero, si no se realiza la inscripción por algún defecto o irregularidad, el acto debe notificarse y contra él procederá el recurso de reposición.

"Ciertamente la Superintendencia de Notariado y registro cumple objetivos que pueden calificarse de heterogéneos, pues no solamente ejerce la tarea genéricamente atribuida a las superintendencias, en materia de inspección y vigilancia, sino que desarrolla actuaciones administrativas en relación con las oficinas de registro de instrumentos públicos. En este último sentido, la Super-

intendencia les asigna el presupuesto necesario para su adecuado funcionamiento; confirma el nombramiento de los registradores de instrumentos públicos principales que haga el presidente de la república, así como el de los seccionales, que dependerán de las oficinas principales de registro, concede licencias, vacaciones y permisos a los registradores de instrumentos públicos de cabecera de círculo principales y designa a quienes deban reemplazarlos temporalmente, etc.

"Esos objetivos están claramente determinados en la ley y consisten en «La dirección, inspección y vigilancia de los servicios públicos de notariado y registro de los instrumentos públicos; la organización y administración de las oficinas de registro de instrumentos públicos y la asesoría al Gobierno Nacional en la fijación de las políticas y los planes relacionados con los servicios por ella regulados», según el texto del decreto ley 2158 de 1992, en el inciso segundo de su artículo 1°.

"Sin embargo, es lo cierto que la función de registro se ha conservado siempre como responsabilidad exclusiva de los correspondientes registradores, quienes además son los responsables del funcionamiento técnico y administrativo de las respectivas oficinas. Ello, entre otras razones, para lograr la celeridad y eficacia requeridas en la prestación del servicio público que les ha sido encomendado.

"En relación con los recursos de apelación que se surten ante el Superintendente de Notariado y Registro, el decreto 2158 de 1992 ha circunscrito su conocimiento a aquellos actos dictados en cumplimiento de sus funciones por el Secretario General, los superintendentes delegados y el Director Administrativo del Registro de Instrumentos Públicos de la Superintendencia (ibídem, arts. 9° numeral 20 y 52). Estas decisiones, originadas en la misma entidad suministran un argumento adicional para sostener que los actos de registro que dictan los registradores de instrumentos públicos, mantienen su autonomía, como que sobre esta función solo se ejerce por parte de la Superintendencia la inspección, vigilancia y orientación establecidas en las disposiciones legales.

"Del estudio comparativo de los artículos 10 y 27 del decreto últimamente citado, se concluye también que las oficinas de registro de instrumentos públicos pertenecen a la estructura de la Superintendencia de Notariado y Registro, calificada ya por el artículo 1° ibídem como una unidad administrativa especial adscrita al Ministerio de Justicia dotada de personería jurídica y patrimonio independiente; y que son dependencias suyas. En este sentido, el superintendente es el inmediato superior administrativo de las oficinas de registro. Pero en cuanto se refiere al ejercicio de la función estrictamente de registro, aquellas oficinas son autónomas y, por tanto, no existe dependencia jerárquica en relación con dicho funcionario.

"Por eso la vía gubernativa de los actos relativos a la función de registro, se agota internamente en cada oficina de registro de instrumentos públicos. En su caso, para ello será necesario que haya sido resuelto el recurso de reposición que el interesado interponga ante el mismo registrador que tomó la decisión.

"Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala responde:

"En asuntos exclusivamente relacionados con el registro, contra las decisiones que profieran los registradores de instrumentos públicos en el sentido de abstenerse de inscribir un documento u observar una anotación por no coincidir con la verdadera situación jurídica del bien inmueble, solo procede el recurso de reposición. De donde es improcedente el de apelación para ante el Superintendente de Notariado y Registro. La función de registro es autónoma y se ejerce sin que exista dependencia jerárquica con el Superintendente.

"Transcríbase, en sendas copias auténticas, a los señores Ministro de Justicia y del Derecho y Secretario Jurídico de la Presidencia de la República (C. C. A., art. 112)".

B) *Falla del servicio de registro de instrumentos públicos*

Sentencia 0799 de 27 de julio de 1990. Expediente número 4119
Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Consejero Ponente: Doctor Carlos Gustavo Arrieta.

"Para la sala, siguiendo en ello el concepto de su colaboradora fiscal, la responsabilidad del Estado debe ser declarada en el caso presente, pues se encuentra debidamente establecida la falla del servicio.

"En efecto, la oficina de registro de instrumentos públicos cometió no una, sino varias faltas, que constituyen una falla de servicio, la cual se inicia desde el momento mismo en que se recibió el oficio 137 de mayo de 1971, remitido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Cali. Al recibirlo, procedió la oficina de registro a abrir un folio de matrícula provisional porque en dicho oficio «no se citó el número de matrícula inmobiliaria ni datos del antiguo sistema de registro que le indujera al registrador la inscripción...». Al actuar en tal forma la oficina desconoció lo dicho por los artículos 2°, 31 y 33 del decreto 1250 de 1970, pues la provisionalidad de que habla el artículo 33 es por su naturaleza temporal, «mientras se provee al registro definitivo»; es decir, mientras se presente el título y su copia destinada a la oficina, y se pagan los correspondientes derechos. La provisionalidad del registro, al tenor de las disposiciones mencionadas, supone siempre la identificación del bien inmueble correspondiente, cuyo registro definitivo no se hace por faltar los dos requisitos mencionados en la ley.

"En ninguna parte del decreto 1250 de 1970 se dice que se pueden abrir folios provisionales cuando el inmueble no es identificado plenamente. En estos eventos, si la información que da el documento a registrar es insuficiente, y si las facilidades adicionales de que dispone la oficina de registro, particularmente la lista de direcciones y propietarios, no permiten la identificación del

inmueble, aun a pesar de que se hubiesen hecho los esfuerzos del caso, lo procedente es solicitar la información adicional necesaria para el registro correspondiente. Sin embargo, lo anterior no se hizo, sino procedió la oficina de registro de instrumentos públicos a abrir un nuevo folio, cuando ello no estaba autorizado por la ley.

"La segunda falla de dicha oficina fue la de haber mantenido abierto y vigente, durante algo más de siete (7) años, un folio de matrícula inmobiliaria provisional. Es que aun suponiendo que el artículo 33 del decreto 1250 de 1970 permitiese una interpretación como la que en el caso presente aplicó la oficina de registro, interpretación que la Sala no comparte por las razones expresadas, dicha entidad, para ser consecuente, ha debido considerar caducado el registro provisional al cabo de un mes contado a partir de su apertura, pues así lo dispone el artículo 33 mencionado. Tal falla fue detectada posteriormente por la misma oficina de registro y corregida en el año de 1980, mediante la expedición de la resolución 1553 de 29 de octubre de ese año, con la cual se unificaron el folio provisional 050-00094785 y el folio provisional 050-0063871 abierto en 1973.

"La tercera falla de la oficina de registro de instrumentos públicos fue haber expedido durante el período trascrito entre 1973 y 1980 al menos un certificado, si no varios, en el cual se informaba deficientemente sobre la situación del inmueble en cuestión, puesto que la simultaneidad de los folios de matrícula 00094785 y 0063871 impedía que los interesados obtuvieran información completa y veraz sobre la situación jurídica del mismo. Ello necesariamente implicó que una de las funciones del registro, cual es la de dar fe sobre la situación y derechos constituidos sobre los bienes sometidos a tal formalidad, no se cumplió a cabalidad, llamándose a engaño, en consecuencia, a cualquier persona interesada en la situación jurídica del inmueble en cuestión. Se configuró así una típica falla del servicio por parte de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, por cuanto esta entidad incumplió, o cumplió deficientemente, las obligaciones que le imponían las normas del decreto 1250 de 1970.

"Los efectos de la falla del servicio

"Para la Sala es indudable que en la actuación de la oficina de registro se causó un daño a la sociedad demandante, por cuanto fue precisamente un certificado deficientemente expedido el que le indujo a adquirir el 50% en común y proindiviso del edificio de la carrera 7ª N° 17-64, a invertir en él una suma de dinero para su remodelación, y a tomar la determinación de iniciar su venta por el sistema de propiedad horizontal. Si la existencia del folio provisional Nº 050-0063871 hubiese sido conocida con oportunidad, seguramente no se habría adquirido el inmueble y no se habrían invertido los dineros en su remodelación, o se habrían diferido tales operaciones hasta tanto se clarificara su situación jurídica.

"Se dan en el caso presente las tres condiciones que la jurisprudencia ha venido considerando necesarias para efectos de comprometer la responsabilidad extracontractual de la Nación. Por una parte, incurrió la oficina de registro de instrumentos públicos en una falla del servicio al cumplir deficientemente con sus obligaciones legales; por otra, la sociedad demandante sufrió un daño y finalmente, existe una relación de causalidad entre la falla y el daño, pues este no se habría producido sin la primera. Por consiguiente, la Sala habrá de declarar la responsabilidad de la Nación-Superintendencia de Notariado y Registro.

"El perjuicio

"Si bien es cierto que la sociedad demandante sufrió un daño en razón de la falla del servicio, también lo es que el mismo no implica los perjuicios que en la demanda se reclaman. En efecto, el edificio sigue siendo propiedad de los demandantes, pues no se ha aseverado lo contrario en ningún momento, y las mejoras que a él se le hicieron forman parte integrante del mismo, apreciando su valor comercial.

"Así las cosas, el perjuicio real sufrido por la sociedad demandante no fue más que aquel resultante de la imposibilidad de vender, a partir del momento en que el inmueble estuvo listo para ser enajenado. Sin embargo, ello no quiere decir que por virtud de tal imposibilidad en la venta, la sociedad demandante no haya percibido la valorización comercial del edificio, o que en un futuro no se generen utilidades, ya sea por la venta del edificio o por su explotación comercial.

"Pero es claro que si su venta se hubiese realizado oportunamente, la sociedad demandante habría seguramente recibido utilidades que, a su vez, habrían generado una rentabilidad a su favor.

"Obra en el expediente el dictamen pericial entregado por los peritos Rafael Otálora Zárate y Carlos Paz Méndez, quienes estimaron en la suma de $ 24.865.509.00 la cantidad dejada de percibir por concepto de utilidades, «como consecuencia de la congelación del proceso de comercialización del edificio». Dicha suma no la ha perdido la sociedad demandante, pues aún está en condiciones de generarla; pero sí ha dejado de percibir lo que tal cantidad hubiese rentado a partir del 20 de junio de 1984, fecha de rendición del dictamen pericial, que coincide con la fecha de terminación de las labores de remodelación, rentabilidad que al menos debe corresponder a los intereses comerciales de la suma en cuestión.

"Con respecto a lo afirmado por la señora Fiscal, en cuanto a que no debe haber lugar al pago de los perjuicios a la señora Margoth Moanack, por cuanto no se demostró en el proceso el perjuicio sufrido por ella, ya que el edificio afectado es propiedad de la sociedad, considera la Sala que asiste razón a la representante del ministerio público, pues está comprobado en el expediente que mediante escritura pública número 2805 de 22 de septiembre de 1980 de

la Notaría Trece de Bogotá fue liquidada la comunidad existente entre Margoth Moanack de Akl e Inversiones Margoth Moanack y Cía S. en C., habiendo sido adjudicado el edificio en cuestión a la sociedad demandante. Y si bien dicha señora era propietaria de un 50% del inmueble en el momento en que ocurrió la falla del servicio, dejó de serlo posteriormente y por ello no hubiese recibido personalmente las utilidades que se habrían generado por la venta del edificio".

Sentencia de agosto 6 de 1998. Expediente 11181
Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera
Consejero ponente: Doctor Jesús María Carrillo Ballesteros

"Consideraciones de la Sala

"La providencia apelada será revocada teniendo en cuenta que la Sala encuentra acreditados los elementos estructurales de la responsabilidad de la administración; en su lugar se accederá a las súplicas de la demanda.

"a) En primer término, la falla del servicio, no solo se encuentra ampliamente demostrada en el informativo, sino reconocida por la propia entidad demandada. En efecto, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos del Círculo de Bogotá D. E., Zona Centro, en oficio de 6 de abril de 1989, confrontado el folio de matrícula N° 050-0644316, con la fotocopia del certificado de libertad 050-0644316, reconoció: "se pudo establecer que se trata de dos folios diferentes, para el mismo predio, con igual número de matrícula..."(fl. 26 C. 1).

"Debido a lo anterior, el mismo registrador de instrumentos públicos del Círculo de Bogotá D. E., Zona Centro, mediante la resolución 00678 del 10 de octubre de 1989, ordenó la reconstrucción de la matrícula inmobiliaria 050-0644316, después de dejar precisado en los considerandos de la misma resolución, que «se logró establecer que se trataba de dos folios diferentes para el mismo predio».

"Dentro del mismo orden de ideas, la Superintendencia de Notariado y Registro en providencia mediante la cual resolvió la reposición interpuesta por la señora María Crinilda Torres de García, en contra de la resolución 00678 del 10 de octubre de 1989 del registrador de la Zona Centro, expuso entre otros puntos los siguientes:

"«Antecedentes

"»0.1. Mediante la resolución 678 del 10 de octubre de 1989, la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, Zona Centro, ordenó la reconstrucción del folio de matrícula inmobiliaria 050-0644316, asignado al predio, lote N° 9 de la manzana 15 de Bogotá D. E., en consideración a que el folio original se extravío y el existente fue fraudulentamente abierto.

"«... Consideraciones...

"«3.12 Posteriormente en la anotación 003 obra la inscripción de la escritura 1135 del 13 de mayo de 1988, de la Notaría 38 de Bogotá, mediante la cual Torres de García Nilda, vende el inmueble a Ospina Castillo Germán, título este en que se agotó normalmente el proceso de registro, vale decir, radicación, calificación e inscripción, como en efecto consta en la mencionada Oficina de Registro» (fls. 6-7 C. 1) (subrayas de la Sala).

"Considera la Sala con apoyo en lo anterior que se configuró una clara y ostensible falla del servicio, sobre la cual no es del caso extenderse, pues basta con el reconocimiento que la propia entidad demandada hace de la misma.

"En efecto, los documentos en antes mencionados llevan a la conclusión inequívoca de que el registro del inmueble en cuestión no se cumplió con la debida diligencia de llevar un solo folio inmobiliario, infringiendo con ello toda la normatividad expedida sobre la materia —decreto 1250 de 1970—, sobre los títulos, actos y documentos sujetos a registro —artículo 2°—, el modo de hacer el registro —artículos 22 y ss., y artículo 27—, que preceptúa que «La inscripción se hará siguiendo con todo rigor el orden de radicación, con anotación en el folio...» (subrayas de la Sala); y el decreto 1659 de 1978 que precisaba que una de las funciones de la Superintendencia de Notariado y registro es la de velar por la adecuada y eficaz prestación de los servicios públicos en esa materia y que prevé que únicamente puede existir un folio de matrícula inmobiliario para cada bien.

"b) El nexo causal igualmente se demostró. De la valoración de las pruebas aportadas infiere la Sala que la irregularidad que se presentó en el servicio de registro configura una grave falla del servicio que incidió de manera determinante para que la sociedad procediera a celebrar contrato de compraventa con Germán Ospina Castillo, quien aparecía según el folio de matrícula inmobiliaria N° 050-0644316 como propietario del inmueble. En el tráfico normal de bienes raíces el folio de matrícula inmobiliaria otorga certeza sobre el estado jurídico de un bien inmueble en el registro inmobiliario. La circunstancia de que en el documento público se registrara un propietario diferente al verdadero titular del derecho de dominio, implica una ostensible falla del servicio prestado por el ente precisamente creado para dar fe pública y otorgar seguridad del tráfico jurídico y negocial en esta materia, lo cual genera la responsabilidad patrimonial y la consiguiente obligación resarcitoria a cargo del ente centro de imputación jurídica demandada.

"Las irregularidades anotadas dieron cabida a que en la práctica resultaran violados los principios que rigen el derecho registral —publicidad, seguridad, etc.— y que son los orientadores fundamentales de esta materia y dan las pautas en la solución del problema jurídico planteado.

"La Sala no abriga dudas en el sentido de que la existencia del folio de matrícula inmobiliario otorgaba seguridad al acto y por ello impulsó de manera determinante a la sociedad Orea Ltda. Así se acreditó con la declaración del

profesional del derecho José Didier Lezcano Valderrama, que asistió a los representantes de la sociedad para llevar a buen término el negocio jurídico.

"Los perjuicios

"Está demostrado que la sociedad demandante perdió el precio pagado por el inmueble, pues por los hechos estudiados el Juzgado 4° de Instrucción Criminal ordenó la cancelación de la inscripción de la escritura N° 8051 del 9 de diciembre de 1988 mediante la cual Comercial Orea Ltda. había supuestamente adquirido el dominio del bien (fl. 30 C. 2).

"Para evaluar los perjuicios, la Sala toma en cuenta lo siguiente.

"En el libelo de la demanda se estimaron los perjuicios en la cantidad de $30.000.000 por daño emergente y $30.000.000 por concepto de lucro cesante.

"La escritura se extendió por un valor de $3.000.000

"En el dictamen pericial practicado dentro del proceso el inmueble se avaluó comercialmente en la cantidad de $ 31.880.000

"Con la declaración en antes citada del abogado que asistió a la sociedad en la fase inicial del negocio se sabe que: «...El precio que supe acordaron las partes, lo consigné antes, fue de $8.700.000 que recuerdo Orea pagó así, $700.000 de arras, $4.160.000 al señor Jairo Rico Micán y la diferencia de $3.000.000 y pico la recibió el señor German Opina. No está por demás anotar que los pagos se hicieron por Orea Ltda., y si la memoria no me falla los pagos fueron con cheques del Banco de Colombia, y adicionalmente creo que el precio de ese inmueble es muchísimo más alto..."(fl. 6 C. 2).

"Hecho el análisis probatorio de los anteriores medios de convicción, para efectos de liquidar los perjuicios materiales, la Sala se apoya en el valor consignado en la escritura que constituye un documento público, razón por la cual otorga mayor fuerza de convencimiento y que al tenor del artículo 252 del Código de Procedimiento Civil se presume auténtico, mientras no se demuestre lo contrario.

"La Sala no acoge el precio que según el profesional del derecho antes citado, se pagó, por la cantidad de $ 8.700.000, ni el valor consignado en el dictamen pericial pues en la valoración de las pruebas mencionadas, la escritura pública tiene mayor relevancia probatoria y ante la contradicción que se presenta el sentenciador no puede prohijar la conducta de la parte que falta a la verdad y es contraria a la buena fe y al derecho.

"Es cierto que en ocasiones las partes celebran negocios jurídicos y que en los documentos que se extienden consignan valores diferentes a lo realmente pactado para obtener ventajas tributarias. Sin embargo, el juez en la valoración de dichas conductas debe ante todo salvaguardar el principio de la buena fe y en el caso particular que se estudia pone de presente que las partes no pueden pretender ahora indemnizaciones sobre precios que ocultaron en la oportunidad de tributar, pues como lo prescribe el artículo 83 de la Constitución Nacional, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe.

"De lo dicho se sigue que para la liquidación de los perjuicios materiales no se acoge el precio consignado en el dictamen pericial, ni el precio que según la declaración transcrita se pagó, pues no corresponden al precio de $ 3.000.000 consignando en la escritura pública Nº 8051 del 9 de diciembre de 1988, sobre el cual se efectúa la liquidación. Esta cantidad se actualiza con la aplicación de la fórmula:

"Va = Vh x Índice final (julio/98) / Índice inicial(diciembre/88)

"Donde, Va = Valor actualizado; Vh = Valor histórico a actualizar; Índice final, índice de precios al consumidor correspondiente a la fecha de la sentencia de primera instancia, esto es, diciembre de 1988. Reemplazando en la fórmula, se tiene:

"Va = $3.000.000 x 780.91 / 100

"Va = $23.427.300

"No se reconocen otros perjuicios, por cuanto no se demostraron dentro del proceso.

"Finalmente de lo dicho se sigue que el origen del presente conflicto de intereses, esto es, la doble titulación del folio de matrícula inmobiliaria se presentó por irregularidades en el servicio administrativo encargado del registro, que comprometió la responsabilidad gobernada por el régimen de la falla del servicio. Habida cuenta que se trata de un hecho de la administración, la acción pertinente era la aquí instaurada, es decir la de reparación directa, por ello no tiene vocación de prosperidad la excepción de improcedencia de la acción interpuesta por el apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro.

"La mencionada acción de reparación directa se interpuso dentro del término de dos (2) años que contempla la ley, teniendo en cuenta que los daños y perjuicios se concretaron el día 27 de noviembre de 1991, fecha en que se ordenó la cancelación de la anotación en el registro del negocio jurídico celebrado por la sociedad demandante. La demanda fue presentada en el tribunal el día 23 de noviembre 1993.

"Se exonerará de responsabilidad a la Nación - Ministerio de Justicia, teniendo en cuenta que la condena afecta la Superintendencia de Notariado y Registro que es un ente administrativo autónomo, con personería jurídica propia.

"Es claro que este ente administrativo es el llamado a responder pues es el superior jerárquico de las oficinas de registro donde se encuentran vinculados los funcionarios y empleados con cuyas conductas comprometieron la responsabilidad de la entidad superior, tal como se desprende de la organización de las oficinas de registro contemplada en los artículos 62 y ss. del decreto 1250 de 1970.

"Sobre el particular es pertinente indicar que la Superintendencia de Notariado y Registro es un organismo administrativo, con personería jurídica, adscrito al Ministerio de Justicia y del Derecho, con organización administrativa propia que de suyo compromete independientemente su responsabilidad. El Ministerio sobre dicha Superintendencia apenas ejerce un control de tutela, sin que por ello deba extender a la Nación la responsabilidad patrimonial y administrativa que a ella compete.

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

"Falla:

"*Revócase* la sentencia calendada el día 22 de junio de 1995, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, por las razones dadas en los considerandos de este proveído, y, en su lugar, *Resuelve*:

"1. Declárase que la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro es administrativamente responsable por los hechos a que se hizo referencia en este fallo.

"2. Como consecuencia de la declaración anterior condénase a la Superintendencia Nacional de Notariado y Registro a pagar a la sociedad comercial Orea Ltda., la cantidad de veintitrés millones cuatrocientos veintisiete mil trescientos pesos moneda corriente ($ 23.427.300).

"3. Denéganse las demás súplicas de la demanda".

C) *Desarrollo jurisprudencial de la revocatoria directa*

Primera etapa. El Consejo de Estado admite cuál registrador puede revocar sus actos de inscripción sin mayores restricciones (1983-1994).

Sentencia del 14 de octubre de 1983
Magistrado ponente: Samuel Buitrago Hurtado
Sala de lo contencioso administrativo, sección primera

"De lo anterior, sin embargo, no puede deducirse que la actuación pública sobreviniente y encaminada justamente a corregir tal error, sea una actuación también anómala contraria a la ley y por lo mismo anularla. En tal sentido en la sentencia de fecha 26 de abril de 1983 de sala plena (expediente 10948 - unificación matrícula inmobiliaria), se dijo que ningún perjuicio puede causar a un demandante un acto reglado a la ley, como sucede aquí con las resoluciones demandadas, en donde, inequívocamente de lo que se trata es de corregir la irregularidad reconocida por la administración. Desde la primera de las resoluciones acusadas, la número 1163 del 1º de octubre de 1981, la administración dijo que la supresión de la notación 009 correspondiente a la escritura 773, se hace «por no haber cumplido con los trámites del registro que ordena el capítulo IV del decreto-ley 1250 de 1970». Todo lo anterior quiere significar que no habiéndose seguido el trámite regular para la inscripción de la escritura 773 y sí el correspondiente al embargo, la inscripción correspondiente a este tenía que primar y eso fue lo que se ordenó mediante la resolución acusada. Siendo que el artículo 37 del decreto 1250 de 1970 faculta al registrador para corregir los errores en que se incurra en una inscripción, no pueden tacharse tales actos de corrección como contrarios a la ley o a la Constitución y, por lo tanto, no pueden ser ellos los que causen un posible perjuicio. A partir de lo expresado por la resolución 1660 y no desmentido por el demandante, casi se podría decir que la inscripción de la escritura 773 no puede existir y que solo en un hecho delictivo apareció la anotación correspondiente a dicha escritura. Es obvio que un acto delictivo no puede dar lugar al nacimiento de un derecho. Por eso la propia Constitución recuerda que se respeta la propiedad privada y los demás derechos, pero adquiridos con justo título y con arreglo a las leyes civiles, no con arreglo a los actos delictuosos".

Sentencia de mayo 6 de 1992
Consejo de Estado, sección segunda

"De manera pues, que si para lograr la expedición de un acto administrativo que reconoce un derecho individual se ha hecho uso de medios ilegales, el derecho no es digno de protección y en ese caso opera el mandato contenido en el art. 69 del C. C. A., según el cual «los actos administrativos deberán ser revocados por los mismos funcionarios que los hayan expedido o por sus inmediatos superiores». Porque indudablemente se da la primera de las causales que dan lugar a la revocatoria directa. A juicio de la sala, esta interpretación consulta los principios constitucionales y además constituye una especie de sanción para quienes recurren a medios ilegales para obtener derechos".

Sentencia del 12 de julio de 1994. Expediente 1355
Magistrado ponente: Libardo Rodríguez.
Consejo de Estado, Sala de contencioso administrativo, Sección Primera

"Si por error se procede a su registro tal circunstancia y consiguiente acto no crea situaciones jurídicas de carácter particular y concreto ni reconoce un

derecho de igual categoría y por la misma causa la administración puede proceder de oficio o a solicitud de parte a enmendar el yerro conforme a los procedimientos legales. Menos aun de recibo el cargo de quebrantamiento del artículo 40 del decr. extr. 1250 de 1970, pues mediante los actos acusados no se procedió a la cancelación de ningún registro o inscripción como consecuencia de haberse presentado a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá (...) la prueba de la cancelación del respectivo título o acto o la orden judicial en tal sentido, sino sencillamente a subsanar los errores en que había incurrido y de los que dan cuenta los literales precedentes, consistentes en haber realizado unas inscripciones legalmente inadmisibles".

Segunda etapa. El Consejo de Estado restringe la revocatoria: debe mediar consentimiento del titular de la situación jurídica en el registro

Sentencia de julio 7 de 1994 expediente 2381
Consejero ponente: Miguel González Rodríguez
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo

"En cuanto al fondo del asunto, la sala tiene en cuenta lo siguiente:

"1. La resolución acusada (folios 37 a 39 del cuaderno Nº 1) se expidió en virtud de la solicitud de revocatoria directa frente al acto de inscripción de las escrituras públicas Nº 008 de 14 de enero de 1982 y 1143 de 9 de agosto de 1990, en el folio de matrícula inmobiliaria 246-0009416 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Cruz (Nariño).

"2. El fundamento para tal expedición fue el de que la escritura pública Nº 1143 de 9 de agosto de 1990 por la cual se aclaró y corrigió la escritura pública Nº 008 del 14 de enero de1982, cambió la esencia misma de lo que se quiso vender en esta última, cambiando consecuentemente el objeto del contrato; que como dicha aclaración no procedía de manera unilateral como lo regula el artículo 49 del decreto 2148 de 1983, sino que tenía que regirse por lo estatuido en el artículo 3º del decreto 231 de 1985, al registrarse un acto manifiestamente contrario a la ley, puede cancelarse el mismo de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 numeral 1 del C. C. A., máxime si se tiene en cuenta que existe una solicitud de parte y que la norma es imperativa.

"3. Del contenido de las normas del decreto 1250 de 1970, contentivo del estatuto del registro de instrumentos públicos, no se colige la consagración de un procedimiento especial para efectos de regular las actuaciones que allí se surten.

"De dichas normas se extrae principalmente, lo siguiente:

"El artículo 35 prevé la posibilidad de subsanar los errores en que haya incurrido la oficina de registro en un acto de inscripción, consistentes en palabras, cifras o frases.

"El artículo 37 ibídem consagra que cuando la inscripción de un título no sea legalmente admisible, así se indicará en la columna sexta del libro radicador, se dejará copia del título en el archivo de la oficina y el ejemplar correspondiente se devolverá al interesado.

"En el artículo 39 *ibidem* se prevé la cancelación del registro cuando se presente prueba de la cancelación del respectivo título o acto, o la orden judicial en tal sentido.

"4. De lo anterior se infiere que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Cruz (Nariño), ante las irregularidades que contenía la escritura pública Nº 1143 de 9 de agosto de 1990, que pretendió aclarar la escritura pública Nº 008 de 14 de enero de 1982, solo podía abstenerse de registrarlas y devolverlas al interesado, ya que el error advertido no es de los subsanables a que se refiere el artículo 35 del decreto 1250 de 1970 y tampoco dentro de las causales de cancelación previstas en el artículo 39 ibídem se halla la aducida por el acto acusado.

"5. Como quiera que el acto por el cual se registra una escritura pública de compraventa de un bien inmueble crea una situación jurídica particular, individual y concreta pues a través de él es que jurídicamente se adquiere para el comprador el derecho de dominio sobre dicho bien, no obstante el acaecimiento de la causal prevista en el numeral 1 del artículo 69 del C. C. A., la administración no podía proceder a su cancelación a través de la revocatoria del acto de inscripción, pues para ello era menester que el titular de la situación jurídica creada por este diera su consentimiento.

"6. En el evento *sub lite* fue citado el demandante quien expresamente manifestó oponerse a la revocatoria del acto de inscripción, por lo cual se concluye que efectivamente se vulneró el artículo 73 inciso 1° del C. C. A., a que alude el demandante en la demanda y que ratifica en el escrito contentivo del recurso, por lo cual habrá de revocarse la sentencia apelada para disponer en su lugar la declaratoria de nulidad del acto acusado.

"En cuanto a la pretensión de condenar a la demandada al pago de los daños y perjuicios ocasionados con el acto acusado, habida cuenta que estos no aparecen probados dentro del proceso, habrá de degenerarse.

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

"Falla:

"*Revócase* la sentencia de 14 de febrero del presente año, y, en su lugar, se dispone:

"1. *Declárase* la nulidad de la resolución Nº 4 de 16 de julio de 1992, expedida por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de La Cruz (Nariño)".

Recurso extraordinario de súplica
Sentencia de septiembre 1° de 1998
Magistrado ponente: Doctor Javier Díaz Bueno. Expediente S-405.
Consejo de Estado, Sala plena de lo contencioso administrativo. En esta decisión se infirma la sentencia de julio 12 de 1994 cuyo extracto se transcribió en este apartado.

"De conformidad con el artículo 130 del C. C. A., habrá recurso de súplica ante la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo contra los autos interlocutorios o las sentencias proferidas por las secciones, cuando sin la aprobación de la Sala Plena, se acoja doctrina contraria a la jurisprudencia de la Corporación.

"Este recurso no es una instancia más; dado su carácter de extraordinario, a través del mismo no es posible revivir el debate de las instancias, ni juzgar directamente la legalidad del acto demandado. Tiene por finalidad establecer si la sección que profirió la providencia recurrida desconoció la jurisprudencia de la Corporación. En caso de prosperar el recurso la Sala asume la función de juez de instancia.

"Dentro del anterior marco jurídico se resolverá el presente recurso extraordinario de súplica, en el siguiente orden:

"Como antes se precisó, Eliseo Gordillo Torres por intermedio de apoderado demandó ante la Sección Primera del Consejo de Estado, la nulidad de las resoluciones 000447 de 17 de noviembre de 1988 y 027 de 24 de enero de 1989, expedidas por la registradora de instrumentos públicos de Bogotá, Zona Norte, y la resolución N° 3252 de 23 de agosto de 1989 expedida por la Superintendencia de Notariado y Registro, *por medio de las cuales excluyó de los folios de matrícula inmobiliaria números* 050-0953272 al 050-0953291 y 050-1095062 al 050-1095064 inclusive, los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas 1022 de 18 de mayo de 1987 de la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá y la 1341 del 17 de junio de 1987 de la misma notaría sobre reforma al régimen de propiedad horizontal y la adición respectivamente.

"No sobra advertir que el registro de instrumentos públicos es un servicio del Estado que se presta por funcionarios públicos y *la cancelación es el acto por el cual se deja sin efecto el registro o inscripción* (artículos 1° y 39 del decreto 1250 de 1970).

"Se redujo la controversia a que en sentir del actor, los actos cuestionados, quebrantaron los artículos 73 y 74 del C. C. A., pues mediante el acto administrativo de inscripción o registro se crea un derecho y por lo tanto para su revocación, exclusión o cancelación la administración previamente debió solicitar y obtener el consentimiento expreso y escrito del demandante, que era el titular del derecho que implica el registro de los títulos escriturados.

"La Sección Primera del Consejo de Estado mediante la sentencia suplicada estimó que no se presentaba violación de los artículos 73 y 74 del C. C. A., en consideración a que la decisión de excluir de los folios de matrícula inmobiliaria el registro de las reformas que de manera unilateral había llevado a cabo el actor al régimen de propiedad horizontal, se había hecho por fuera de los cauces legales, pues en la inscripción de la mencionada reforma, no habían participado los propietarios del inmueble como lo disponen las normas reguladoras de dicho régimen.

"En estos términos la inscripción de tales efectos jurídicos realizada en forma unilateral, era legalmente inadmisible y violadora del mismo derecho de los otros copropietarios. Por ello el registro cuya exclusión se dispuso en los otros acusados no creó una situación jurídica particular y concreta, pues ese derecho no era exclusivo de quien hizo el registro sino de todos los copropietarios del inmueble.

"Por su parte el recurrente considera que la sentencia debe ser infirmada, puesto que contrarió la tesis expuesta en las jurisprudencias antes señaladas y transcrita su parte pertinente.

"En las sentencias que se invocan como contrariadas, efectivamente se expresó de manera perentoria y diáfana, que los actos administrativos que reconocen una situación jurídica particular y concreta están amparados por una presunción de legalidad, la cual les da plena eficacia legal y obligatoriedad mientras no sean suspendidos o anulados por la jurisdicción competente. Cuando el acto haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, solo se podrá revocar con el consentimiento expreso y escrito de su titular.

"En vigencia del decreto 2733 de 1959, la facultad de revocar los actos administrativos se hallaba limitada por el artículo 24, que disponía:

"«Cuando el acto administrativo haya creado una situación jurídica individual o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular».

"A partir de la expedición del decreto 01 de 1984, la figura de la revocatoria de los actos administrativos conservó su esencia. En efecto, si se compara el artículo 21 de aquel decreto 2733 de 1959 es idéntica a la regulación actual consagrada en el artículo 69 del actual C. C. A.

"En lo relacionado con la revocación de los actos de carácter particular y concreto, el decreto 01 de 1984, dispuso:

"«*Artículo 73*.—Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular».

"Pero habrá lugar a la revocación de estos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

"Además, siempre podrán revocarse parcialmente los actos administrativos en cuanto sea necesario para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión.

"A diferencia del decreto 2733 de 1959, el decreto 01 de 1984 contempló dos excepciones a la prohibición de revocar los actos administrativos creadores de situaciones jurídicas particulares o reconocedores de derechos de igual categoría, sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular:

"a) La prevista en el inciso 2° del artículo 73 antes trascrito, es decir que la administración tiene la potestad de revocar unilateralmente los actos administrativos que resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, para lo cual pueden presentarse dos situaciones:

"Que se den las causales contempladas en el artículo 69 del C. C. A., en otras palabras, cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política y a la ley, cuando no estén conformes con el interés público o social o con ellos se cause un agravio injustificado a una persona.

"Que sea evidente que el acto ocurrió por medios ilegales.

"b) El inciso final de dicho artículo 73 permite la revocatoria parcial de los actos administrativos, cuando sea necesaria para corregir simples errores aritméticos o de hecho que no incidan en el sentido de la decisión. Esta disposición no constituye propiamente una excepción a la prohibición que se examina, sino que puede considerarse como un instrumento adecuado para corregir imprecisiones que no inciden en el fondo de determinado acto administrativo.

"No obstante, es necesario aclarar que la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos es referida únicamente a los derivados del silencio administrativo positivo, en tales excepciones no se haya comprendida la prohibición contemplada en el inciso 1° del artículo 73. Se agrega que a la luz del artículo 41 ibídem, solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva.

"Hechas las anteriores precisiones, se puede afirmar que es verdad incontrovertible que si se reúnen los presupuestos legales para la revocación del acto, la administración debe solicitar a su respectivo titular el consentimiento expreso y escrito; si no lo obtiene, no estando autorizada para revocarlo, debe demandar su anulación ante la autoridad judicial competente. Es la filosofía que orienta el artículo 73 del C. C. A., una de las normas garantes de la seguridad jurídica, del respeto y vigencia de los derechos de los asociados dentro del Estado Social de Derecho. Este criterio se ha mantenido de manera uniforme, no solo en distintos pronunciamientos de la Sala Plena de la Corporación, sino también en sus secciones.

"Por esta sencilla razón, al comparar la jurisprudencia de la Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo, con la doctrina acogida por la Sección Primera en la providencia suplicada, se aprecia *prima facie*, la contrariedad en que incurre, basta con la simple lectura del siguiente párrafo:

"«...si por error se procede a su registro, tal circunstancia y consiguiente acto no crea situaciones jurídicas de carácter particular y concreto ni reconoce un derecho de igual categoría y, por la misma causa, la administración puede proceder de oficio o a solicitud de parte a enmendar el yerro conforme a los procedimientos legales...».

"Como se aprecia contrariedad entre la doctrina acogida por la Sección Primera en la providencia suplicada con la jurisprudencia de la Sala Plena en los términos ya indicados, la Sala asume la función de juez de instancia para juzgar los actos acusados, en el siguiente orden:

"En primer término se reitera, que el derecho público, y en especial el derecho administrativo, reconocen como principio fundamental y democrático, que el acto administrativo subyace amparado en la presunción de legalidad, y por lo tanto de obligatoriedad, imperatividad y oponibilidad, motivo por el cual si el titular del derecho subjetivo, particular y concreto no presta su consentimiento para su revocación o cancelación, la administración carece de la facultad para hacerlo desaparecer del plano jurídico, mediante el ejercicio de la facultad unilateral.

"En el caso presente, si se presentaba alguna inconsistencia en la inscripción del registro cuya exclusión se dispuso mediante los actos acusados, la administración pública se hallaba facultada para acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa para que fuera esta la autoridad que entrara a tomar la decisión correspondiente, como una muestra del sometimiento a que están sujetas las autoridades, y de respeto por los actos que han creado o modificado una situación jurídica a favor del particular, quien no puede ser despojado de sus derechos hasta tanto no exista un pronunciamiento jurisdiccional.

"La jurisprudencia de la Corporación ha sido reiterativa en señalar que las autoridades en ejercicio de la función administrativa que les confiere la ley, no pueden modificar o revocar sus actos creadores de situaciones jurídicas subjetivas individuales y concretas, sin el consentimiento expreso y escrito de su titular. Si la entidad demandada consideraba que el acto revocado había sido expedido con desconocimiento de las normas en que debía fundarse, o en forma irregular, debió acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa a demandar su anulación. No debe olvidarse que la firmeza de los actos creadores de situaciones individuales y concretas garantiza la seguridad jurídica de la cual no pueden disponer de modo arbitrario los funcionarios.

"Como la entidad demandada revocó los actos de inscripción o registro ya referenciados sin el consentimiento expreso y escrito de su titular, es claro que incurrió en desconocimiento de las previsiones contempladas en el inciso 1° del artículo 73 del C. C. A., razón por la cual se decretará su anulación. En efecto, mediante las reformas que por escritura pública introdujo el señor Eliseo Gor-

dillo Torres al régimen de propiedad horizontal, registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de Bogotá, cuya exclusión se dispuso en los actos acusados, se había modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto, la cual no podía ser revocada sin el consentimiento expreso y escrito del titular.

"Además, dicha situación no versaba sobre un acto administrativo derivado de la aplicación del silencio administrativo positivo, pues cabe recordar que a la luz del artículo 41 del C. C. A., solamente en los casos expresamente previstos en disposiciones especiales, el silencio de la administración equivale a decisión positiva, hipótesis que no se presenta en el presente proceso.

"En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contenciosos Administrativo, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

"Falla:

"*Infírmase* la sentencia del día doce de julio de 1994, proferida por la Sección Primera de esta Corporación, en demanda promovida por Eliseo Gordillo Torres. En su lugar se dispone:

"*Decláranse nulas* las resoluciones números 00447 del 17 de noviembre de 1988, 027 del 24 de enero de 1989, proferidas por el Registrador Principal de Instrumentos Públicos de Santafé de Bogotá, Zona Norte y la resolución N° 3252 del 23 de agosto de 1989, proferida por el Superintendente de Notariado y Registro, mediante las cuales se excluyó de los folios de matrícula inmobiliaria números 050-0953272 al 050-0953291 y 050-1095062 al 050-1095064 inclusive, los actos jurídicos contenidos en las escrituras públicas números 1022 del 18 de mayo de 1987 de la Notaría Treinta del Círculo de Bogotá y 1341 del 17 de junio de 1987 de la misma notaría, sobre reforma al régimen de propiedad horizontal y la adición al mismo, respectivamente.

"A título de restablecimiento del derecho, la Nación, Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Santafé de Bogotá, Norte, incluirá en los folios de matrícula inmobiliaria 050-0953272 al 050-0953291 y 050-1095062 al 050-1095064 inclusive, las anotaciones que contienen las escrituras 1022 del 18 de mayo de 1987 y 1341 de 17 de junio del mismo año, ambas de la Notaría 30 del Círculo de Bogotá, relacionadas con la reforma al reglamento de propiedad horizontal del edificio María Victoria contenido en la escritura 147 del 7 de febrero de 1986.

"La Oficina de Registro de Instrumentos Públicos y la Superintendencia de Notariado y Registro, expedirán los actos que sean necesarios para el cumplimiento del presente fallo.

"Salvamento de voto

"«Respetuosamente me aparto de la decisión tomada por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en este caso, por cuanto considero que no ha debido prosperar el recurso extraordinario de súplica interpuesto contra la sentencia del 12 de julio de 1994, proferida por la Sección Primera de la corporación.

"»En efecto, mal podía la Sección Primera contrariar providencias expedidas en 1961 y 1962, si para negar las pretensiones de la demanda se sustentó en la interpretación del artículo 73 del C. C. A., adoptado por el decreto 01 de 1984, que hace posible revocar actos administrativos sin el consentimiento expreso y escrito del titular del derecho, en razón de que el acto revocado por ser ilegal, no había creado ningún derecho.

"»La legislación aplicable en los casos resueltos por las sentencias invocadas era diferente y por tanto no había forma de establecer comparación y menos aún contradicción.

"»En consecuencia, a mi juicio, no ha debido prosperar el recurso extraordinario interpuesto».

"Clara Forero de Castro, septiembre 8 de 1998.

"Salvamento de voto

"«A pesar de que considero que en el presente caso se configura la violación jurisprudencial alegada y por consiguiente, el recurso extraordinario de súplica estaba llamado a prosperar, estimo que no ha debido ordenarse el restablecimiento del pretendido derecho del demandante como se hizo en la parte resolutiva de la sentencia.

"»De acuerdo con el artículo 85 del C. C. A., *conditio sine qua non* del restablecimiento del derecho es la prueba que debe aportar el demandante al proceso de un derecho amparado en una norma jurídica.

"»En el presente caso sucede todo lo contrario ya que la existencia del pretendido derecho del demandante brilla por su ausencia.

"»En efecto, si bien el acto administrativo de registro de la escritura mediante la cual el actor modifico los coeficientes asignados a los garajes inicialmente creó una situación jurídica –no derecho– de carácter particular y concreto, y por lo tanto, no podía ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del beneficiario del acto, de allí no podía derivarse que por la vía de la sentencia de la cual me separo se legalizara lo que fue ilegal en un comienzo».

"A este propósito, bien vale citar al profesor MICHAEL STASSINOPOULUS[1] cuando señala:

[1] *El acto administrativo*, Bogotá, Publicaciones Jesca, 1991, págs. 223-224.

"«La verdadera base jurídica de la irrevocabilidad de ciertas categorías de actos administrativos no es el respeto de los derechos adquiridos, sino la necesidad de estabilizar las situaciones administrativas. El señor JELLINEK ha observado que la idea según la cual un acto administrativo es irrevocable porque ha creado derechos adquiridos, constituye en cierto modo un *petito principii*, porque este derecho adquirido consiste precisamente en el mantenimiento de la situación creada por el acto, y este mantenimiento no puede asegurarse sino cuando el acto es irrevocable[2].

"»Además no debemos olvidar que, entre los actos reconocidos como irrevocables hay también algunos que son ilegales. ¿Cómo podríamos pretender que la irrevocabilidad de estos actos está basada en el respeto de los derechos creados por ellos? Esto sería admitir que un acto ilegal y, por consiguiente, nulo podría crear derechos, lo cual sería inadmisible desde el punto de vista jurídico y atentaría contra el principio de la legalidad, fundamento de la administración del Estado contemporáneo».

"Ricardo Hoyos Duque.

"Salvamento de voto

"Comparto en su totalidad las expresiones del anterior salvamento de voto, suscrito y elaborado por el Honorable Consejero Dr. Ricardo Hoyos Duque.

"De los honorables magistrados, con todo respeto,

"Roberto Medina López.

"Aclaración de voto

"Si bien comparto la decisión adoptada en la presente providencia, en el sentido de considerar que el fallo recurrido contraría pronunciamientos jurisprudenciales de Sala Plena de la Corporación, me permito formular las siguientes aclaraciones a la parte motiva de la misma:

"I. La prohibición a la administración pública para revocar sus propios actos de carácter particular y concreto, sin que medie el consentimiento expreso y escrito de su titular, está fundada en dos principios esenciales para todo Estado de derecho:

"1) La presunción de legalidad y veracidad de los actos administrativos, que hace que estos sean obligatorios, imperativos y oponibles tanto para la propia administración como para todos los administrados.

[2] W. JELLINEK, *Verw. R.*, pág. 280.

"2) La seguridad jurídica que constituye una garantía democrática para la estabilidad, seriedad y firmeza de las relaciones entre el Estado, la sociedad y la comunidad internacional.

"II. Constituyen principios provenientes de la tradición jurídica occidental: no puede existir derecho contra ley; el error no engendra derecho; o, nadie puede alegar en su provecho su propia torpeza.

"Expreso mi preocupación, que en el caso *sub iudice* el registro inmobiliario en cuestión, se produjo como consecuencia de una actuación irregular del actor y de un error por parte de la administración. Es decir, es un típico caso de una actuación administrativa sin fundamento legal, la cual no puede generar derechos.

"La acción de nulidad y restablecimiento del derecho prescrita en el artículo 85 del C. C. A. está llamada a prosperar siempre y cuando el derecho presuntamente lesionado esté amparado en una norma jurídica. ¿Cuál norma jurídica ampara el supuesto derecho del actor?

"Sin embargo, el legislador al establecer la prohibición de revocabilidad de los actos lo hizo en términos bastante amplios. En efecto, el artículo 73 del C. C. A. dispone que la irrevocabilidad cobija a todo acto administrativo que «haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría». La ley [*sic*] exige que la situación jurídica creada o modificada sea legal.

"Lo deseable sería que ante situaciones abiertamente ilegales existieran mecanismos que le permitieran al Estado el restablecimiento y protección del orden jurídico en forma más expedita, con economía procesal y eficacia, sin tener que entablar un proceso ordinario de nulidad de sus propios actos, claro está que siempre y cuando se garantice el derecho de defensa y contradicción de su titular.

"Juan de Dios Montes Hernández.

"Salvamento de voto

"Por compartir en su integridad las razones expuestas por la consejera doctora Clara Forero de Castro en su salvamento de voto, adhiero al mismo.

"Pero además, debo manifestar mi discrepancia con la interpretación que hizo la Sala del inciso segundo del artículo 73 del C. C. A., por las siguientes razones:

"En la sentencia se argumenta que la posibilidad que tienen las autoridades de revocar los actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento del particular, se refiere únicamente a los derivados del silencio administrativo positivo, razonamiento que no es acertado. El artículo 73 del

decreto 01 de 1984 no circunscribió la excepción únicamente a tal evento, pues previó dos situaciones en donde es viable la revocatoria directa de actos administrativos de carácter particular y concreto sin la aquiescencia del particular: Cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causas previstas en el artículo 69 de la misma disposición, y cuando el acto hubiere ocurrido por medios ilegales.

"El artículo 73 del decreto 01 de 1984 recogió el criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, en sentencia del 5 de mayo de 1981, magistrado ponente doctor Jorge Vélez García, al declarar la exequibilidad condicionada del artículo 24 del decreto-ley 2733 de 1959. En dicha sentencia se dijo:

"a) Si *ab initio* el acto administrativo está manifiestamente viciado de ilegalidad (o si obviamente, lo está de inconstitucionalidad), v. gr., porque haya sido provocado mediante maniobras fraudulentas del interesado, o emitido por error, fuerza o dolo, o porque ostente el carácter de inexistente, tal acto en ningún momento ha podido generar situaciones jurídicas concretas o derechos adquiridos, porque para que estos nazcan se necesita un justo título, y un acto ilegal o inconstitucional no lo es, luego de él no se deriva ningún derecho ni procede ninguna situación jurídica que amerite protección del ordenamiento.

"En tal caso el deber a cargo de la administración de corregir un error manifiesto suyo, o de enmendar una situación aberrante y a todas luces antijurídica, como consecuencia de haber expedido un acto que adolece de ilegitimidad grave, flagrante, y por ende ostensible, no puede estar condicionado al beneplácito de quién diciéndose titular de los beneficios del acto írrito, no ha podido hacer derivar de este ninguna situación jurídica concreta, ni derecho alguno de carácter subjetivo.

"Dolly Pedraza de Arenas.

"Octubre 1 de 1998.

"Salvamento de voto

"Extractos. «Muy respetuosamente me aparto de la decisión mayoritaria de la Sala, por cuanto en mi opinión el recurso extraordinario de súplica no ha debido prosperar.

"»Como lo expresa la doctora Clara Forero de Castro en su salvamento de voto (fl. 59), al cual me adhiero, la decisión de la Sección Primera de la corporación que negó los cargos de violación de los artículos 73 y 74 del C. C. A., se fundamentó en que sí era viable revocar actos administrativos particulares sin el consentimiento expreso del titular del derecho, en razón de que el acto revocado al ser ilegal no podía haber creado derecho. En esas condiciones, no se dio en el *sub lite* la pretendida contrariedad de jurisprudencia, ya que en los fallos de 1961 y 1962, se estaba ante actos administrativos legales, creadores de situaciones jurídicas concretas, y por ello se requería el consentimiento expreso del particular.

"»Igualmente comparto en su integridad las observaciones hechas por la magistrada Dolly Pedraza de Arenas, en su salvamento de voto (fl. 69), en cuanto a la interpretación del inciso segundo del artículo 73 del C. C. A., puesto que el decreto 01 de 1984 circunscribió como excepción la posibilidad de que las autoridades pudieran revocar actos creadores de situaciones particulares, sin el expreso consentimiento del particular afectado, a dos situaciones, a saber: cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causas previstas en el artículo 69 de la misma disposición, y cuando el acto hubiere sido producido por medios ilegales».

"Julio E. Correa Restrepo".

D) *La revocatoria directa y los procedimientos administrativos especiales*

Sentencia del diez (10) de septiembre de 1998.
Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sección primera.
Consejero ponente: Doctor Manuel S. Urrueta Ayola. Expediente 4752.

"No le asiste razón al apoderado de la Superintendencia de Notariado y Registro cuando invoca como justificación jurídica del acto acusado el artículo 69 del C. C. A., ya que el artículo 1° *ibidem* prescribe que «Los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales se regirán por estas; en lo no previsto en ellas se aplicarán las normas de esta parte primera que sean compatibles». En consecuencia, al regular de manera especial el decreto ley 1250 de 1970 lo relacionado con el registro de instrumentos públicos, el artículo 69 en cita no es aplicable al asunto examinado.

"Se observa, además, que el decreto ley 1250 de 1970, normatividad especial, distingue entre la corrección (artículo 35) y la cancelación (artículos 39 y 40) de los títulos, actos y documentos sujetos a registro. La primera se presenta frente a errores cometidos al momento de la inscripción, los cuales se corregirán «subrayando y encerrando» entre paréntesis las palabras, frases o cifras que deben suprimirse o insertando en el sitio pertinente y entre líneas las que deben agregarse y salvando al final lo corregido, reproduciéndolo entre comillas e indicando si vale o no lo suprimido o agregado. Podrá hacerse la corrección enmendando lo escrito o borrándolo y sustituyéndolo y así se indicará en la salvedad que se haga. Las salvedades serán firmadas por el registrador o su delegado. Sin dichos requisitos no valdrán las correcciones y se tendrán por verdaderas las expresiones originales.